

Kontraktsrettslig bundethet ved forhandlinger i kommersielle forhold

Kandidatnummer: 78

Antall ord: 14 825



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2016

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling.....	3
1.2 Avgrensninger	4
1.2.1 Kommersielle avtaleforhold og avgrensning mot andre avtaleforhold	4
1.2.2 Kort om forholdet til prekontraktuelt ansvar.....	5
1.2.3 Øvrige avgrensninger	6
1.3 Rettskilder og metode	7
1.4 Videre fremstilling.....	8
2 Utgangspunkter for kontraktsrettslig bundethet ved forhandlingsavtaler	9
2.1 Kort om sentrale prinsipp ved reglene om avtaleinngåelse	9
2.1.1 Generelt	9
2.1.2 Avtalefrihetsprinsippet	9
2.1.3 Prinsippet om at avtaler skal holdes	9
2.1.4 Formfrihetsprinsippet	10
2.1.5 Forventningsprinsippet.....	10
2.1.6 Lojalitetsprinsippet.....	11
2.2 Disposisjonsspørsmålet	13
2.2.1 Utgangspunktet om enighet.....	13
2.2.2 Forventningsprinsippet som vurderingstema	14
2.3 Disposisjonskriterier og den videre fremstillingen.....	16
3 Bundethet ved forhandlingsavtaler etter avtalelovens modell	18
3.1 Kort om avtalelovens modell for avtaleinngåelse – tilbud og aksept.....	18
3.2 Avtalelovens betydning for forhandlingsavtaler	19
4 Partsregulert bundethet ved forhandlingsavtaler.....	21
4.1 Generelt om adgangen for partene til å regulere bindingstidspunktet.....	21
4.2 Signeringsforbehold.....	23
4.3 Closing.....	25
4.4 Intensjonsavtaler	26

5	Bundethet ved forhandlingsavtaler etter ulovfestede deklarasjoniske regler	30
5.1	Kapittelets fremstilling	30
5.2	Enighet om de vesentlige punkter i avtalen	30
5.2.1	Utgangspunkter	30
5.2.2	Betydningen av avtalens karakter	33
5.2.3	Vekt i vurderingen av om avtale er inngått	38
5.2.4	Vesentlige punkter i avtalen	40
5.2.5	Kort om skriftlighet og forholdet til bevisvurderingen	42
5.2.6	Noen refleksjoner om terminologi – suksessiv bundethet	44
5.3	Andre relevante disposisjonskriterier	45
5.3.1	Helhetsvurdering	45
5.3.2	Passivitet og culpasanksjon	46
5.3.3	Etterfølgende opptreden	48
	Litteraturliste	50

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Denne masteroppgaven behandler reglene for kontraktsrettslig bundethet ved kommersielle forhandlingsavtaler. Kommersielle avtaler er ofte resultatet av forhandlinger mellom avtalepartene. Det er ikke noe ensartet mønster for hvordan forhandlinger foregår, men en fellesnevner er at partene i felleskap blir enige om avtalens innhold og utforming. Det er også vanlig at partene diskuterer de viktigste punktene først, og deretter forhandler om detaljene. Ettersom forhandlingene mellom partene ofte består av en rekke utsagn og handlinger, er det karakteristisk for forhandlingsavtaler at det ikke kan identifiseres noen klare utsagn fra partene som passer inn i avtalelovens deklarasjoniske modell med tilbud og aksept.¹

Forhandlingsprosessen har en tidsakse fra forhandlingene innledes til det foreligger en ferdigforhandlet avtale som eventuelt underskrives av partene. Temaet for masteroppgaven er hvor på denne tidsaksen partene blir bundet av avtalen, og ikke lenger fritt kan trekke seg fra forhandlingene. Dette spørsmålet kan ikke besvares på generell basis, så fremstillingen vil bestå i å kartlegge gjeldende rett hvilke forhold som har betydning – eventuelt avgjørende betydning - for hvilket tidspunkt partene bindes ved kommersielle forhandlingsavtaler.

Den typiske situasjonen hvor masteroppgavens tema blir satt på spissen er der partene A og B er kommet langt i forhandlingene, og det er oppnådd enighet om de vesentlige punktene i avtalen. Før forhandlingene er avsluttet og avtalen er underskrevet trekker imidlertid A seg fra forhandlingene, og hevder at han er ubundet. B protesterer mot at A kan trekke seg, og hevder at avtale allerede var kommet i stand mellom dem. I praksis er ofte spørsmålet er ofte om kontraktsrettslig bundethet krever at avtalen er ferdigforhandlet og underskrevet, eller om binding har oppstått på et tidligere tidspunkt.

For spørsmålet om kontraktsrettslig bundethet ved forhandlingsavtaler er det i norsk rettspraksis og avtalerettslig teori lagt stor vekt på hvorvidt partene er *enige om de vesentlige punkter* i avtalen. Betydningen av partenes enighet om de vesentlige punkter i avtalen for bindingsspørsmålet vil derfor være et særlig tema for analyse i denne masteroppgaven.

¹ Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Bergen 2014 s. 70.

Ved kommersielle forhandlingsavtaler er det ikke uvanlig at partene selv har avtalt eller tatt forbehold om bindingstidspunktet. Partene kan for eksempel stille vilkår om at avtalen må underskrives for at de skal være bundet. Masteroppgaven vil ta for seg hvilke problemstillinger som oppstår ved slike partsreguleringer av bindingsspørsmålet.

Til tross for at avtalelovens modell som regel ikke passer på forhandlingsavtaler, er den ikke helt upraktisk. Avtalelovens betydning for spørsmålet om bundethet ved forhandlingsavtaler vil derfor også behandles i fremstillingen.

1.2 Avgrensninger

1.2.1 Kommersielle avtaleforhold og avgrensning mot andre avtaleforhold

Forhandlingsbegrepet har ikke skarpe avgrensninger.² Forhandlingsavtaler er derfor ikke et fenomen som utelukkende oppstår i kommersielle avtaleforhold. Ved forbrukeravtaler eller avtaler der ingen av partene er næringsdrivende vil det også kunne oppstå forhandlinger om pris eller andre forhold. Dette kan for eksempel skje ved avtaler om kjøp eller oppføring av boligbestilling, bestilling av håndverkertjenester eller ved inngåelse av arbeidsavtaler.

Masteroppgaven vil imidlertid bare behandle spørsmålet om bundethet ved forhandlinger i kommersielle avtaleforhold. Med kommersielle avtaleforhold menes avtaleforhold mellom to profesjonelle næringsdrivende parter.³ I slike avtaleforhold vil som regel partenes hensikt med avtalen være å oppnå en form for fortjeneste. Det som kjennetegner kommersielle forhandlingsavtaler er at partene ofte er ganske jevnbyrdige når det gjelder forretningsmessig erfaring og innsikt, i motsetning til for eksempel forbrukeravtaler.

Ved ulikhet i partenes forretningsmessige erfaring øker faren for misbruk, og den sterke parten kan utnytte sin posisjon til å tilegne seg fordeler på bekostning av den andre parten. Den forretningsmessige erfaringen til profesjonelle parter gjør at disse er i stand til å ivareta sine egne interesser i forhandlingene, og det er derfor gitt få ufravikelige lovregler som får anvendelse på kommersielle forhandlingsavtaler.⁴ Ulikheter i styrkeforholdet mellom partene

² Giertsen s. 70.

³ Giertsen s. 21.

⁴ Samme sted.

forekommer imidlertid også i kommersielle avtaleforhold, for eksempel ved avtaler mellom en stor bedrift og et lite enkeltmannsforetak.

Profesjonelle parter forretningsmessige erfaring medfører at prinsipper og hensyn kan få ulike utslag ved kommersielle avtaler enn ved andre avtaleforhold.⁵ Den typiske forhandlingssituasjonen ved kommersielle avtaler er også forskjellig fra andre avtaleforhold. Kontrakter mellom næringsdrivende er ofte kompliserte, og forhandlingene kan derfor være omfattende.⁶ Avtalene omhandler gjerne betydelige verdier, og i forbindelse med forhandlingene kan partene ha profesjonell bistand fra advokater, revisorer og meglere. Disse særegne forholdene gjør at bindingsspørsmålet ved kommersielle forhandlingsavtaler vil kunne stille seg annerledes enn for andre avtaleforhold.

1.2.2 Kort om forholdet til prekontraktuelt ansvar

I situasjonen som ble illustrert i punkt 1.1, hvor forhandlingspart A trekker seg fra forhandlingene med B og hevder seg ubundet, er det spesielt to spørsmål som aktualiseres. Det første spørsmålet er hvorvidt A er bundet til avtalen, og dette er temaet for masteroppgaven. Det andre spørsmålet, forutsatt at A ikke er bundet av avtalen, er hvorvidt A er erstatningsansvarlig ovenfor B.

Dersom en avtale kommer i stand gjennom forhandlinger mellom partene, vil utgangspunktet være at avtalen oppfylles etter sitt innhold, slik det følger av prinsippet om at avtaler skal holdes. Dersom en avtalepart misligholder sine forpliktelser etter avtalen, vil den andre parten kunne ha krav på erstatning av den positive kontraktsinteressen.⁷

Dersom avtale ikke kommer i stand, og forhandlingene bryter sammen, er det klare utgangspunktet at parten går hver til seg, og ikke har noe å kreve av hverandre, jf. Rt. 2014 s. 100 (Strømstad Marina-dommen).⁸ Partene vil ofte pådra seg kostnader ved kontraktsforhandlingene, og hovedregelen er at partene må bære disse kostnadene selv, uavhengig om avtale kommer i stand eller ikke.⁹

⁵ Samme sted.

⁶ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, Oslo 2009 s. 139.

⁷ Geir Woxholth *Avtalerett*, 9. utgave, Oslo 2014 s. 158.

⁸ Rt. 2014 s. 100 (avsnitt 36).

⁹ Woxholth s. 158.

Det finnes imidlertid en regel i norsk rett om erstatning ved skyld utvist i kontraktsforhandlinger. Denne ansvarsformen kalles *culpa in contrahendo* eller *prekontraktuell ansvar*.¹⁰ Ansvaret er betinget av at partene i det minste har vært i dialog om mulighetene for å inngå en kontrakt.¹¹ Eksistensen av en slik ansvarsform ble forutsatt i Rt. 1998 s. 761 (Kina Hansen-dommen), hvor Høyesterett la til grunn at det kreves "klanderverdig opptreden under forhandlingene – illojalitet, uredelighet, forledelse eller lignende."¹² Ansvarsformen er omtalt i sentral juridisk teori innen avtaleretten.¹³ Formålet med denne ansvarsformen er å beskytte berettigede forventninger om lojalitet mellom avtalepartene i fasen opp mot avtaleinngåelse.¹⁴ Masteroppgaven vil vise at prekontraktuell ansvar dermed i stor grad bygger på de samme prinsippene som får betydning for bindingsspørsmålet.

Masteroppgaven avgrenses imidlertid mot å gå nærmere inn på reglene om prekontraktuell ansvar enn de generelle merknadene ovenfor. Begrunnelsen for avgrensningen er at vurderingen av avtalerettslig bundethet og prekontraktuell ansvar prinsipielt er to forskjellige spørsmål, selv om de bygger på mange av de samme prinsippene. En detaljert gjennomgang av vilkårene for å ilegge prekontraktuell ansvar vil derfor ikke være egnet til å belyse masteroppgavens tema. Det er imidlertid viktig å påpeke at det eksisterer en form for "mellomløsning" mellom å kunne trekke seg fritt fra forhandlingene eller å være kontraktsrettslig bundet.

1.2.3 Øvrige avgrensninger

Kommersielle avtaler inngås som regel mellom juridiske personer. Hvorvidt den som representerer en part i forhandlingene har kompetanse til binde denne parten, er derfor helt avgjørende for spørsmålet om partene blir bundet. Ved manglende kompetanse vil binding i utgangspunktet være rettslig utelukket.¹⁵ Hvem som avtalerettslig kan forplikte ulike selskapsformer og sammenslutninger er i stor grad lovregulert, og disse reglene må suppleres av fullmaktsreglene. På grunn av ordgrensen må imidlertid masteroppgaven avgrenses mot å ta opp problemstillingene knyttet representasjonsevne. Masteroppgavens tema er reglene om

¹⁰ Lasse Simonsen, *Prekontraktuell ansvar*, Oslo 1997, Woxholth s. 158.

¹¹ Woxholth s. 158.

¹² Rt. 1998 s. 761 (s. 772).

¹³ Woxholth s. 158, Hov og Høgberg og Høgberg s. 168, Simonsen, *Prekontraktuell ansvar* er standardverket.

¹⁴ Simonsen, s. 171 og s. 123.

¹⁵ Hov og Høgberg s. 138.

hvordan forhandlingsavtaler inngås, og ikke *hvem* som kan inngå dem. Det vil derfor forutsettes at det foreligger rettslig kompetanse til å binde en forhandlingspart i den videre fremstillingen.

Masteroppgaven avgrenses også til å behandle reglene for kontraktsrettslig bundethet ved forhandlingsavtaler i norsk rett. Løsninger som benyttes i nordisk rett kan imidlertid få betydning for norsk rett som rettskilder, se punkt 1.3.

1.3 Rettskilder og metode

Foruten den delen av masteroppgaven som omhandler avtalelovens modell, vil rettskildemateriale for masteroppgaven utelukkende være ulovfestet rett. Det er en rekke høyesterettsavgjørelser som omhandler avtaleinngåelse ved forhandlingsavtaler, og rettspraksis vil derfor utgjøre hoveddelen av rettskildemateriale for fremstillingen. Selv om masteroppgaven avgrenses til kontraktsrettslig bundethet i kommersielle avtaleforhold, vil argumenter fra dommer som gjelder bundethet i andre avtaleforhold etter omstendighetene kunne ha relevans.

Dommene om avtaleinngåelse ved forhandlingsavtaler er ofte konkret begrunnet, og det er få prinsipielle uttalelser i dommene.¹⁶ Det er også flere problemstillinger knyttet til masteroppgavens tema som ikke er behandlet i rettspraksis. Bundethet ved forhandlingsavtaler behandles imidlertid i sentral juridisk teori på avtalerettens område, og juridisk teori vil derfor være en viktig rettskilde i masteroppgaven.

Avtaleloven ble til etter nordisk samarbeid, og sentrale deler av den ulovfestede kontraktsretten er fellesnordisk.¹⁷ Der norske rettskilder ikke gir entydige svar kan derfor nordiske rettsavgjørelser og juridisk teori få vekt som rettskilder i norsk rett.¹⁸ Bundethet ved forhandlingsavtaler er særlig behandlet i svensk juridisk teori, og uttalelser fra sentrale svenske forfattere vil brukes som støtteargumenter i fremstillingen.¹⁹

Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010 og *Principles of European Contract Law* vil også brukes i fremstillingen. Disse inneholder formulerte kontraktsrettslige

¹⁶ Woxholth s. 122.

¹⁷ Giertsen s. 24, Woxholth s. 44.

¹⁸ Woxholth s. 44-45, Giertsen s. 24.

¹⁹ Viggo Hagstrøm, "Avtalebundethet ved forhandlinger i kommersielle forhold", *Lov og Rett*, 1995 s. 595-606 (s. 597-599).

prinsipper for henholdsvis internasjonal kommersiell kontraktsrett og generell europeisk kontraktsrett.²⁰ Prinsippene fra disse kildene vil ikke tillegges noen selvstendig rettskildemessig vekt i fremstillingen, men vil brukes som illustrasjon der de formulerte prinsippene samsvarer med norsk rett.

1.4 Videre fremstilling

Den videre fremstillingen er delt inn i fem kapitler. I kapittel 2 vil det gjøres rede for utgangspunkter og prinsipper som gjelder generelt for spørsmålet om partene er bundet ved kommersielle forhandlingsavtaler. Utgangspunktene som behandles i dette kapitlet vil gjelde uavhengig av hvilke regler avtalen blir inngått etter.

Kapittel 3 vil behandle reglene for avtaleinngåelse etter avtalelovens modell. Innholdet i avtalelovens modell for avtaleinngåelse vil kort redegjøres for, og deretter vil masteroppgaven ta for seg betydningen avtaleloven har for kontraktsrettslig bundethet i forhandlingsavtaler.

De situasjonene hvor partene selv har regulert hvordan de skal bindes vil være tema i kapittel 4. Først vil det redegjøres for utgangspunkter som gjelder generelt der partene regulerer vilkårene for bundethet. Deretter vil det knyttes noen særlige merknader til *signeringsforbehold, closing* og *intensjonsavtaler*.

Fremstillingens mest omfattende del er kapittel 5. Dette kapitlet tar for seg hvordan partene bindes etter ulovfestede deklarasjoniske regler ved forhandlingsavtaler. Betydningen av partenes *enighet om de vesentlige punkter* utgjør hoveddelen av kapitlet. Andre utvalgte momenter i vurderingen av om partene er bundet vil behandles avslutningsvis.

²⁰ Giertsen s. 25-27.

2 Utgangspunkter for kontraktsrettslig bundethet ved forhandlingsavtaler

2.1 Kort om sentrale prinsipp ved reglene om avtaleinngåelse

2.1.1 Generelt

I det følgende vil det kort gjøres rede for noen sentrale prinsipp for reglene om avtaleinngåelse. Årsaken til at disse prinsippene presenteres allerede her er at de vil brukes aktivt i analysen gjennom hele masteroppgaven. Det er derfor hensiktsmessig å presentere innholdet i disse prinsippene på et tidlig stadium. Gjennomgangen vil fokusere på prinsippenes betydning for kontraktsrettslig bundethet ved kommersielle forhandlingsavtaler.

2.1.2 Avtalefrihetsprinsippet

Det er et prinsipp om avtalefrihet i norsk rett.²¹ Prinsippet bygger på den private autonomien, at det enkelte individ skal ha selvbestemmelsesrett.²² Avtalefriheten innebærer at enhver kan bestemme hvorvidt vedkommende vil inngå en avtale, hvem vedkommende vil inngå avtalen med, og hvilket innhold avtalen skal ha.²³ Ettersom profesjonelle avtaleparter i stor grad er i stand til å ivareta sine egne interesser, har lovgiver gjort få inngrep i avtalefriheten for kommersielle avtaler.²⁴

2.1.3 Prinsippet om at avtaler skal holdes

Et helt grunnleggende prinsipp i avtaleretten er at avtaler skal holdes (*pacta sunt servanda*), og dette prinsippet er felles for alle siviliserte rettssamfunn.²⁵ Prinsippet innebærer at inngåtte avtaler er rettslig bindende for partene, og at de som klar hovedregel skal oppfylles slik de ble inngått. Partene blir rettslig forpliktet til å oppfylle sine plikter etter kontrakten, og dersom de unnlater å gjøre dette vil det kunne få rettslige konsekvenser. At inngåtte avtaler er rettslig

²¹ Woxholth s. 26, Giertsen s. 6.

²² Woxholth s. 26.

²³ Giertsen s. 6.

²⁴ Giertsen s. 21.

²⁵ Woxholth s. 23-24.

bindende innebærer at det som klar hovedregel bare er terminologiske forskjeller mellom vurderinger av om "det foreligger en bindende avtale", "avtale er inngått", "avtale er kommet i stand" og lignende formuleringer.

2.1.4 Formfriehtsprinsippet

Det kontraktsrettslige prinsippet om formfrihet går ut på at det ikke er noe alminnelig krav til at avtalen må gjøres i en bestemt form for å være gyldig mellom partene.²⁶ Prinsippet kommer blant annet til uttrykk i Norske Lov 5-1-1, hvor det fremgår at enhver er "pliktig at efterkomme hvis hand med Mund, Haand og Selg lovet og indgaaet haver". Prinsippet er også lagt til grunn i sentral norsk juridisk teori på avtalerettens område.²⁷

2.1.5 Forventningsprinsippet

Utgangspunktet i norsk avtalerett er at partene bærer risikoen for egne forutsetninger og forventninger, jf. Rt. 2002 s. 1110 (s. 1118). En forventning kan imidlertid være mer eller mindre velbegrunnet, og i norsk rett er det et grunnleggende prinsipp om beskyttelse av en parts *berettigede forventninger*. Begrepet "beskyttelsesverdige forventninger" brukes av og til i stedet for berettigede forventninger, men betyr som regel det samme.²⁸

Det skilles mellom *vilje* og *erklæring* ved bindingsspørsmålet. Med vilje menes partens hensikt med et utsagn. Erklæring sikter til hvordan partens utsagn oppfattes av den andre – hvilke forventninger parten skaper hos mottakeren.²⁹ I norsk avtalerett er det klart at det er erklæringen – de forventninger en part skaper hos den andre – som er det avgjørende for bindingsspørsmålet.³⁰ Forventningsprinsippet har dermed en helt sentral betydning for spørsmålet om partene er kontraktrettslig bundet.³¹

Det er imidlertid kun *berettigede* forventninger som kan etablere rettigheter og plikter etter forventningsprinsippet. Dersom en forventning skal være berettiget må den være av en viss styrke, og vurderingen av om en forventning er berettiget må bero på en tolkning av de utsagn

²⁶ Hov og Høgberg s. 43.

²⁷ Giertsen s. 44, Hov og Høgberg s. 43.

²⁸ Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 s. 271-272.

²⁹ Giertsen s. 10.

³⁰ Woxholth s. 33, Giertsen s. 10.

³¹ Woxholth s. 32-33.

og omstendigheter som har forløpt mellom partene.³² Med mindre det foreligger felles forutsetninger eller forventninger mellom partene, vil det avgjørende være hva mottakeren med rimelighet kan legge i et utsagn eller handlemåte.³³ Vurderingen må dermed basere seg på objektive holdepunkter, og spørsmålet er om utsagnet eller handlemåten skaper berettigede forventninger om at avtale er kommet i stand.³⁴

Forventningsprinsippet og reglene som bygger på dette prinsippet begrunnes ofte ut ifra hensynet til omsetningslivet.³⁵ Dette er et sentralt hensyn innen formueretten, og bygger på en effektiv omsetning av varer og tjenester.³⁶ Dersom en part ved sin handlemåte har gitt den andre berettigede forventninger om at en avtale er kommet i stand, skal den andre parten trygt kunne innrette seg etter avtalen. Om det skulle kreves ytterlige undersøkelser i slike situasjoner ville transaksjoner blitt mer tid- og kostnadskrevende.³⁷ Et trygt og effektivt forretningsliv anses som et samfunnsmessig gode.

Et eksempel på en regel som bygger på forventningsprinsippet er regelen om at avtaler må tolkes objektivt der det ikke er holdepunkter for en felles subjektiv forståelse mellom partene.³⁸ I Rt. 2002 s. 1155 var spørsmålet om det kunne kreves erstatning for urettmessig oppsigelse av en leiekontrakt. Begge partene var profesjonelle næringsdrivende, og det var spørsmål hvordan leiekontrakten skulle tolkes. Høyesterett uttalte:

*"At prinsippet om objektiv fortolkning har særlig styrke i avtaler mellom næringsdrivende, understrekes av forretningslivets behov for sikkerhet og forutberegnelighet, som åpenbart fremmes best av en tolkning basert på objektive tilgjengelig elementer."*³⁹

Dommen viser hvordan prinsippet om objektiv fortolkning, som har sitt grunnlag i partenes berettigede forventninger, begrunnes ut fra omsetningslivets sikkerhet.

2.1.6 Lojalitetsprinsippet

³² Woxholth s. 29.

³³ Woxholth s. 32, Nazarian, s. 271.

³⁴ Nazarian, s. 271.

³⁵ Giertsen s. 10.

³⁶ Samme sted.

³⁷ Samme sted.

³⁸ Hov og Høgberg s. 42.

³⁹ Rt. 2002 s. 1155 (s. 1159).

I avtaleretten gjelder det et prinsipp om lojalitet mellom partene. Lojalitetsprinsipp er blant annet lagt til grunn i Rt. 1988 s. 1078, hvor spørsmålet var om et kausjonsansvar var bortfalt som følge av manglende informasjon fra kreditor. Høyesterett la til grunn at "det i kausjonsforhold, som i kontraktsforhold ellers, må stilles krav til aktsom og lojal opptreden fra kreditors side overfor kausjonisten."⁴⁰

Lojalitetsprinsippet gjelder generelt, men det har ikke noe entydig innhold.⁴¹ Et kjennetegn ved prinsippet er imidlertid at avtalepartene i varierende grad plikter å ta hensyn til den andre partens interesser.⁴² Reglene om reklamasjon og opplysningsplikt er eksempler på regler som er begrunnet ut fra lojalitetssynspunkt.⁴³

I den nevnte Rt. 1988 s. 1078 var både kausjonisten og kreditor profesjonelle parter. Høyesterett la vekt på at kausjonisten måtte opptre aktivt for å ivareta egne interesser, og hvilken adferd som kunne forventes av kreditor måtte vurderes i lys av dette. Dommen viser at rekkevidden av lojalitetsprinsippet må balanseres mot partenes rett og plikt til å ivareta egne interesser. I kommersielle avtaleforhold vil partenes ansvar for å ivareta sine egne interesser være tungtveiende. Det må forventes at profesjonelle aktører i større grad er i stand til å ivareta sine egne interesser, og lojalitetsprinsippet får dermed mindre utslag.⁴⁴ Dersom en part er betydelig mer forretningsmessig erfaren enn den andre vil det imidlertid kreves større lojalitet fra denne.⁴⁵

Lojalitetsprinsippet og forventningsprinsippet henger svært tett sammen. Spørsmålet om hva som er illojal opptreden av en part vil avhenge av forhandlingsmotpartens berettigede forventninger.⁴⁶ Hvilke berettigede forventninger en part har om lojalitet beror på en vurdering av hele kontraktssituasjonen.⁴⁷

Lojalitetsplikten kan også inntre før endelig avtale er inngått, jf. Rt. 2010 s. 1478 (Aadalen-dommen).⁴⁸ At det gjelder en lojalitetsplikt i forhandlinger kommer klart frem i Rt. 2011 s. 410 (Optimogården-dommen), som gjaldt inngåelse av avtale om næringsleie. Høyesterett

⁴⁰ Rt. 1988 s. 1078 (s. 1084).

⁴¹ Hov og Høgberg s. 39.

⁴² Giertsen s. 11.

⁴³ Hov og Høgberg s. 38.

⁴⁴ Hov og Høgberg s. 40.

⁴⁵ Hov og Høgberg s. 40, Giertsen s. 11.

⁴⁶ Nazarian, s. 269 og 326.

⁴⁷ Nazarian s. 271.

⁴⁸ Rt. 2010 s. 1478 (avsnitt 31).

uttalte at vurderingen av om avtale er inngått må skje på grunnlag av "en forutsetning om lojalitet under forhandlingene."⁴⁹ Kravet til lojalitet vil øke gradvis etter hvert som forhandlingene forløper og partenes nærmer seg avtaleinngåelse.⁵⁰

Illojal opptreden under forhandlinger vil etter omstendighet kunne være erstatningsbetingende, men masteroppgaven avgrenser som nevnt mot dette teamet, se punkt 1.2.2.

2.2 Disposisjonsspørsmålet

2.2.1 Utgangspunktet om enighet

For å kartlegge og analysere reglene om kontraktsrettslig bundethet ved forhandlinger er det viktig å belyse de overordnede utgangspunktene for vurderingen.

Spørsmålet om hvorvidt parter er rettslig bundet av en avtale blir i juridisk teori ofte betegnet som *disposisjonsspørsmålet*.⁵¹ Bakgrunnen for dette er at en part ved å binde seg til en avtale har gitt avkall på sin frihet i relasjon til de plikter avtalen pålegger. Parten har dermed disponert over sin rettsstilling.⁵²

Utgangspunktet for vurderingen av hvorvidt parter er gjensidig bundet av en avtale er om det er tilstrekkelig *enighet* mellom dem om å være bundet.⁵³ Forutsetningen om enighet for avtaleinngåelse er avtalelovens bakenforliggende prinsipp, og dette prinsippet gjør seg også gjeldende ved avtaleinngåelse utenfor avtaleloven modell med tilbud og aksept.⁵⁴

Utgangspunktet om enighet for avtaleinngåelse kan også sees på som et nødvendig utslag av avtalefriheten og selvbestemmelsesretten - enhver skal selv kunne bestemme hvilke avtaler vedkommende vil inngå.⁵⁵

Hvorvidt det foreligger enighet mellom partene om å forplikte seg til en avtale, enten etter avtalelovens modell eller andre regler, beror på en tolkning av partenes utsagn, handlemåte og

⁴⁹ Rt. 2011 s. 410 (avsnitt 47).

⁵⁰ Simonsen, s. 19.

⁵¹ Woxholth s. 59, Hov og Høgberg s. 78.

⁵² Hov og Høgberg s. 78.

⁵³ Woxholth s. 60, Hov og Høgberg s. 135.

⁵⁴ Giertsen s. 41, Hov og Høgberg s. 136.

⁵⁵ Woxholth s. 65.

øvrige adferd.⁵⁶ Den norske rettsstilstanden kan oppsummeres av Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010 art. 2.1.1, selv om denne bestemmelsen ikke har noen selvstendig betydning for avtaleslutning etter norsk rett:

"A contract may be concluded either by the acceptance of an offer or by conduct of the parties that is sufficient to show agreement."

2.2.2 Forventningsprinsippet som vurderingstema

Som det ble illustrert i innledningen kommer spørsmålet om kontraktsrettslig bundethet på spissen der partene er uenige om hvorvidt det ble inngått en bindende avtale mellom dem. En slik uenighet kan ha flere mulige årsaker.

Det må påpekes at det ikke nødvendigvis foreligger en reell uenighet mellom partene. I rettslivet er det ikke noe uvanlig fenomen at parter påberoper seg standpunkt som de vet ikke medfører faktisk riktighet. En part kan tenkes å pretendere at avtale aldri ble inngått fordi han i etterkant har ombestemt seg eller ser at han ikke er tjent med avtalen. I denne situasjonen mente begge partene å binde seg til avtalen ved avtaletidspunktet, men en slik felles partsvilje vil ofte være vanskelig å påvise for dommeren i ettertid.⁵⁷ Motsatt vil en part kunne pretendere at avtale ble inngått i et forsøk på å tilegne seg et erstatningskrav for positiv kontraktsinteresse.

En tvist om avtale er kommet i stand mellom partene vil imidlertid ofte skyldes partenes mislykkede kommunikasjon. Selv om A aldri har hatt til hensikt å binde seg, kan han ha avgitt et utsagn eller handlet på en slik måte at B fikk en forventning om at A hadde til hensikt å binde seg. Tvisten om avtaleinngåelse skyldes dermed at en part, begrunnet eller ubegrunnet, har misforstått den andres intensjoner, utsagn og adferd. I disse situasjonene vil ikke begge partene ha ment til å forplikte seg til avtalen, og det er foreligger ingen felles vilje eller forutsetning mellom partene.

Situasjonene ovenfor illustrerer hvorfor det er forventningene som skapes, og ikke partsviljen, som er det avgjørende for spørsmålet om partene bindes, slik det ble forklart i punkt 2.1.5. En forhandlingspart kan ikke vite hva den andre partens subjektive vilje er, og spørsmålet om avtale er inngått må bero på hva en part med rimelighet kan legge i det den andre parten

⁵⁶ Giertsen s. 47-48.

⁵⁷ Woxholth s. 32.

"skrev, sa, gjorde eller unnlot å gjøre når alle forhold tas i betraktning."⁵⁸ Rettstilstanden kan illustreres av Principles of European Contract Law artikkel 2:102:

"The intention of a party to be legally bound by contract is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party."

Ved å gi den andre parten berettigede forventinger om at avtale er kommet i stand, vil man dermed kunne inngå avtale uavhengig av hvorvidt man faktisk hadde til hensikt å binde seg.⁵⁹

Unntaksvis vil det imidlertid foreligge håndfaste bevis for en felles partsvilje, og i slike tilfeller vil disposisjonsspørsmålet kunne avgjøres på grunnlag av dette.⁶⁰ Bransjepraksis eller praksis mellom partene er blant forholdene som kan gjøre at det må foretas mer subjektive tolkninger.⁶¹

Utgangspunktene for vurderingen av kontraktsrettslig bundethet kan oppsummeres av en prinsipiell uttalelse av Høyesterett i Optimogården-dommen, hvor spørsmålet var om det inngått bindende avtale om leie av næringslokaler:

*"Det er på det rene at avtale kan anses inngått når det foreligger klare partsutsagn eller andre forhold som underbygger at partene har ment å binde seg til et avtaleforhold, eller den ene parten har handlet slik at medkontrahenten har rimelig grunn til å tro at avtale er inngått."*⁶²

I Aadalen-dommen var et av spørsmålene om fire parter hadde inngått en rettslig bindende avtale om å utvikle et garasjeanlegg i felleskap. Avtale ble ikke ansett inngått, og det avgjørende for Høyesterett var at når det "gjensto såpass mange sentrale, uavklarte punkter, kan ikke ankemotpartene heller ha hatt en *berettiget forventning* om at en avtale om felles garasjeporsjekt var kommet i stand" (min kursivering).⁶³

I Rt. 2001 s. 1288 (Gate Gourmet) var spørsmålet om entrepriseavtale var inngått mellom oppdragsgiveren Gate Gourmet og entreprenørfirmaet PEAB. Vurderingstemaet Høyesterett

⁵⁸ Woxholth s. 32.

⁵⁹ Giertsen s. 48.

⁶⁰ Woxholth s. 32.

⁶¹ Giertsen s. 49.

⁶² Rt. 2011 s. 410 (avsnitt 47).

⁶³ Rt. 2010 s. 1478 (avsnitt 26).

oppstilte var hvorvidt Gate Gourmet "har opptrådt på en slik måte at det har gitt [PEAB] rimelig grunn til å tro at [de] hadde fått oppdraget" (min kursivering).⁶⁴

Det er ingen realitetsforskjell mellom vurderingstemaene "rimelig grunn til å tro" og "berettigede forventninger" i denne forbindelse, og begge disse vurderingstemaene bygger direkte på forventningsprinsippet.⁶⁵

Vi kan dermed gå tilbake til eksempelet fra innledningen hvor A trekker seg fra forhandlingene. Vurderingstemaet for disposisjonsspørsmålet vil være hvorvidt A har handlet på en slik måte at B har rimelig grunn til å tro at A har ment å forplikte seg. For at det skal foreligge enighet og partene skal bindes gjensidig til avtalen må det også kreves at B har handlet på en slik måte at A har rimelig grunn til å tro at B mente å forplikte seg.⁶⁶

Spørsmålet om partene har rimelig grunn til å tro at avtale er kommet i stand må avgjøres ut ifra en "rettslig bedømmelse av det som passerte mellom partene", jf. Rt. 1998 s. 946 (Vinagenturdommen) og Rt. 1987 s. 1205 (Hotelldommen).⁶⁷ Det må dermed foretas en konkret helhetsvurdering av avtalesituasjonen og alt som har foregått mellom partene.

2.3 Disposisjonskriterier og den videre fremstillingen

Etter å ha oppstilt rammene for disposisjonsspørsmålet vil masteroppgaven nå behandle hvilke forhold som er av betydning – og eventuelt avgjørende - for vurderingen av om partene er bundet. I norsk avtalerett har særlig Woxholth fremmet en terminologi hvor fellesbetegnelser for disse forholdene er *relevante disposisjonskriterier* eller *avtalestiftende rettsfakta*.⁶⁸ I det følgende vil begrepet disposisjonskriterier brukes som fellesbetegnelse for de relevante kriteriene og momentene i vurderingen av om partene er bundet. Inspirasjon for denne terminologien har Woxholth hentet fra Svein Eng.⁶⁹

Hvilke disposisjonskriterier som gjelder vil i stor grad variere etter hva slags type avtale det er tale om, og hvilket livsområde avtalen gjelder. For enkelte typer avtaler har lovgiver gitt ufravikelige regler for hvordan avtaler skal inngås, og for disse avtaletypene innebærer

⁶⁴ Rt. 2001 s. 1288 (s. 1298).

⁶⁵ Giertsen s. 47-48.

⁶⁶ Giertsen s. 59.

⁶⁷ Rt. 1998 s. 946 (s. 957) og Rt. 1987 s. 1205 (s. 1210).

⁶⁸ Woxholth s. 59, Hov og Høgberg s. 82.

⁶⁹ Woxholth s. 111.

formkravet et tvunget disposisjonskriterium.⁷⁰ Et eksempel på en slik lovfestet bestemmelse er finansavtaleloven § 61 første ledd om at avtaler må inngås skriftlig.

Etter avtalelovens deklarasjonsmodell er det fremsettelse av sammenfallende tilbud og aksept som er det avgjørende for disposisjonsspørsmålet. Andre disposisjonskriterier får imidlertid betydning for å fastslå om det foreligger bindende tilbud og aksept.

Kontraktsrettslig bundethet ved forhandlingsavtaler etter avtaleloven behandles nærmere i kapittel 3.

I kraft av avtalefrihetsprinsippet, avtalelovens fravikelighet og formfrihetsprinsippet står partene fritt til å regulere hvordan avtaleinngåelsen skal skje. Et praktisk eksempel er at som nevnt i innledningen at partene avtaler at bundethet først inntreffer ved signering av avtaledokumentet. Ved slike forbehold regulerer partene i større eller mindre grad selv hvilke disposisjonskriterier som skal gjelde. Partsbestemte vilkår for bundethet er langt fra upraktisk ved kommersielle forhandlingsavtaler, og slike partsregulerte disposisjonskriterier behandles nærmere i kapittel 4.

Dersom avtalelovens modell ikke følges, og partene heller ikke har regulert spørsmålet om binding, må disposisjonsspørsmålet bero på de momenter som er utledet gjennom rettspraksis og juridisk teori. Hvilke disposisjonskriterier som typisk gjør seg gjeldende i kommersielle forhandlingsavtaler, der partene verken har benyttet seg av avtalelovens modell eller regulert bindingstidspunktet selv, vil bli behandlet i kapittel 5.

⁷⁰ Woxholth s. 92.

3 Bundethet ved forhandlingsavtaler etter avtalelovens modell

3.1 Kort om avtalelovens modell for avtaleinngåelse – tilbud og aksept

I det følgende skal det knyttes noen merknader til avtalelovens virkeområde og hvordan avtaler inngås etter avtalelovens regler. I neste punkt vil det redegjøres nærmere for betydning avtaleloven har for kontraktsrettslig bundethet ved forhandlingsavtaler i kommersielle avtaleforhold.

Av avtaleloven § 41 følger det at loven gjelder på "formuerettens omraade". Som utgangspunkt gjelder avtaleloven dermed for alle avtaler innenfor formueretten, uansett parter og innhold, med mindre annet er bestemt i særlovgivning.⁷¹ Avtaleloven er deklatorisk, og gjelder med mindre "andet følger av retshandelen eller av handelsbruk eller anden sedvane", jf. avtl. § 1.

Avtalelovens modell for avtaleinngåelse bygger på utveksling av to partsutsagn, tilbud (løfte) og aksept (påbud). Part A fremsetter et tilbud til part B, og dette tilbudet binder A når det er kommet B til kunnskap og frem til akseptfristen er ute, jf. avtl. §§ 7 og 2. Et tilbud binder dermed parten ensidig og midlertidig, og dette utgjør *løfteprinsippet* i norsk rett.⁷² B vil unntaksvis kunne tilbakekalle tilbudet re-integra etter det er kommet til B sin kunnskap, jf. avtl. § 39.

Innenfor akseptfristen kan B velge om han vil akseptere tilbudet eller ikke, men for at binding skal oppstå må aksepten til B være sammenfallende med tilbudet til A, jf. avtl. §§ 2 og 6 forutsetningsvis. Dersom aksepten er sammenfallende med tilbudet vil det stifte rett for både A og B.⁷³

Dersom tilbudet og aksepten ikke er sammenfallende, vil aksepten som regel anses som et mottilbud, jf. avtl. § 6.⁷⁴ Der B fremmer et mottilbud til A, vil dette anses som et kombinert

⁷¹ Giertsen s. 16.

⁷² Woxholth s. 71.

⁷³ Giertsen s. 65.

⁷⁴ Woxholth s. 78-79.

avslag og nytt tilbud. A vil i så fall ikke lenger være bundet av sitt opprinnelige tilbud. Det kan imidlertid tenkes at B ønsker å forhandle frem bedre vilkår, uten å gi avkall på retten til å akseptere tilbudet til A. I så tilfelle vil A fortsatt være bundet av sitt tilbud. Hvorvidt B sitt utsagn skal tolkes som et bindende mottilbud eller et forhandlingsinnspill må bero på en tolkning av utsagnet og omstendighetene ellers.⁷⁵

Det kan også stilles betingelser eller forbehold ved et tilbud eller en aksept. Betingelser vil ofte bestemme at rettigheter og plikter etter avtalen enten inntreffer eller opphører når betingelsen innfris. Disse forbeholdene eller betingelsene må normalt sees på som en del av avtalen.⁷⁶

Avtalelovens bestemmelser gir imidlertid ikke særlig veiledning for vurderingen av når det foreligger et bindende tilbud eller aksept i lovens forstand. For at et utsagn skal binde avgiveren må det være noenlunde klart, bestemt og entydig.⁷⁷ I vurderingen må det i stor grad falles tilbake på andre disposisjonskriterier. Vurderingstemaet bygger også her på forventningsprinsippet – hva den andre parten med rimelighet kan legge i partsutsagnet. Spørsmålet er om utsagnet gir adressaten berettigede forventninger om at avgiveren vil binde seg.⁷⁸

3.2 Avtalelovens betydning for forhandlingsavtaler

Avtalelovens modell er kritisert for å være gammeldags, og at den ikke passer for hvordan avtaler normalt inngås i dag.⁷⁹ Den er likevel ikke helt upraktisk i forbindelse med forhandlingsavtaler. Forhandlinger kan i prinsippet tenkes å avsluttes ved at A fremmer et tilbud eller mottilbud til B, og B aksepterer dette.⁸⁰ Forhandlingssituasjonens karakter, hvor skisser og forslag går frem og tilbake mellom partene, må imidlertid tas i betraktning når det vurderes om utsagn er dispositive.⁸¹ Det kan dermed være grunn til å utvise forsiktighet med å tillegge enkeltutsagn bindende virkning under forhandlinger.

⁷⁵ Hov og Høgberg s. 134.

⁷⁶ Woxholth s. 64.

⁷⁷ Woxholth s. 67.

⁷⁸ Woxholth s. 67.

⁷⁹ Hov og Høgberg s. 81.

⁸⁰ Hov og Høgberg s. 135-136, Giertsen s. 70.

⁸¹ Hov og Høgberg s. 139.

Det finnes likevel flere eksempler på at forhandlingsavtaler sluttet ved tilbud og aksept i rettspraksis. Et eksempel er Rt. 1998 s. 946 (Vinagenturdommen), hvor Høyesterett anså en brevutveksling under forhandlingene som et betinget tilbud og en betinget aksept. Dette var imidlertid et resultat av en konkret helhetsvurdering av alt som hadde foregått mellom partene, hvor det sentrale var at partene var enige om de vesentlige vilkårene for avtalen.

I Rt. 1987 s. 1205 (Hotelldommen), hvor spørsmålet var om det var inngått bindende avtale om salg av hotelleiendom, ble det identifisert et rettslig bindende mottilbud og aksept. Dette ble også gjort ut ifra en samlet vurdering, og det ble lagt til grunn at det var enighet om de vesentlige punktene i avtalen.

Dommene ovenfor viser at dersom en forhandlingsparts utsagn kvalifiserer til å være et tilbud, og den andre partens utsagn kvalifiserer til å være en aksept, vil det kunne slås fast at avtale er inngått.⁸² De viser imidlertid også at spørsmålet om avtaleinngåelse etter avtaleloven ved kommersielle forhandlingsavtaler beror en helhetsvurdering, hvor det blant annet har sentral betydning hvorvidt det foreligger enighet om de vesentlige punkter. Dette illustrerer at det ved forhandlingsavtaler ikke er store forskjeller mellom vurderingen av bundethet hvor avtale inngås ved tilbud og aksept, eller etter ulovfestede deklarasjoniske regler.

Hovedregelen ved forhandlingsavtaler er imidlertid at det ikke er mulig å identifisere utsagn i forhandlingsprosesser som passer inn i avtalelovens modell om tilbud og aksept. Dette gjelder spesielt der forhandlingene foregår muntlig og over lengre tid.⁸³ Dette kan illustreres av Optimogården-dommen, hvor Høyesterett uttalte at "partenes opptreden underveis taler etter mitt syn for at avtale var kommet i stand, selv om ingen av utsagnene isolert sett er så klare og ubetingede at de kan ses på som aksept av et konkret tilbud."⁸⁴ Høyesterett kom i saken til at avtale var inngått etter andre regler enn de som følger av avtaleloven. Bundethet oppstår dermed gjennom en serie handlinger som samlet må anses som dispositiv.⁸⁵ Det er slike situasjoner som typisk kjennetegner forhandlingsavtaler i kommersielle forhold, og dette vil være temaet for i masteroppgavens kapittel 5. Først vil imidlertid kapittel 4 behandle de situasjonene hvor partene selv har regulert seg bort fra avtalelovens modell.

⁸² Hov og Høgberg s. 136.

⁸³ Woxholth s. 115.

⁸⁴ Rt. 2011 s. 410 (avsnitt 69).

⁸⁵ Hov og Høgberg s. 136.

4 Partsregulert bundethet ved forhandlingsavtaler

4.1 Generelt om adgangen for partene til å regulere bindingstidspunktet

Som nevnt i punkt 2.3 kan avtalepartene i kraft av avtalefrihetsprinsippet, formfrihetsprinsippet og avtalelovens fravikelighet, selv regulere hvilke disposisjonskriterier som skal binde dem. At partene selv regulerer bindingsspørsmålet er ikke uvanlig ved forhandlingsavtaler i kommersielle avtaleforhold. Formålet med å stille vilkår for kontraktsrettslig bundethet vil ofte være å oppnå forutberegnelighet og trygghet med hensyn til når avtalepartene blir bundet.⁸⁶ Videre vil partene kunne føle seg tjent med å kunne vurdere det endelige forhandlingsresultatet før de tar stilling til om de ønsker å inngå en avtale. En motforestilling ved slike forbehold er at de kan ha negativ innvirkning forhandlingsklimaet, og føre til at motparten heller ønsker å forhandle med andre og mindre tilbakeholdne aktører.⁸⁷

Avtalelovens deklarasjon karakter må innebære at partene *ensidig* kan fremsette forbehold om at avtalebinding oppstår på bestemte vilkår. Dette standpunktet ble lagt til grunn i Rt. 2014 s. 100 (Strømstad Marina-dommen).⁸⁸ I dommen hadde partene hadde vært i forhandlinger om kjøp av 70 prosent av aksjene i Strømstad Marina AB, og Høyesterett kom enstemmig til at ensidig signeringsforbehold var tatt. Ved å fremsette et ensidig forbehold om at bundethet kun inntreffer på nærmere bestemte vilkår, fjerner man forhandlingsmotpartens eventuelle berettigede forventninger om avtaleinngåelse inntil de nærmere bestemte vilkårene i forbeholdet er oppfylt.⁸⁹ Selv om Strømstad Marina-dommen konkret gjaldt signeringsforbehold, har begrunnelsen bak adgangen til å ta ensidige forbehold om bundethet generell gjennomslagskraft, og en slik adgang må legges til grunn for andre forbehold om bundethet.⁹⁰

⁸⁶ Woxholth s. 117.

⁸⁷ Anders Ryssdal, "Den som tier samtykker?", *Tidsskrift for Forretningsjus* Årg. 4, nr. 4 1998 s. 127-135 (s. 135).

⁸⁸ Rt. 2014 s. 100 (avsnitt 32).

⁸⁹ Kai Krüger, "'Closing' – Forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger", *Festskrift til Lars Gorton*, 2007 s. 261-280 (s. 262).

⁹⁰ Samme sted.

Den generelle adgangen til å ta ensidige forbehold om at avtalebundethet skal inntre på nærmere angitte vilkår er ikke et norsk fenomen. Denne retten fremgår blant annet av Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010 artikkel 2.1.13:

"Where in the course of negotiations one of the parties insists that the contract is not concluded until there is agreement on specific matters or in a particular form, no contract is concluded before agreement is reached on those matters or in that form."

I Strømstad Marina-dommen fremgår det videre at dersom man ikke vil bli bundet før avtalen er undertegnet, må det kreves at "man uttrykker seg såpass tydelig at motparten ved vanlig oppmerksomhet og aktsomhet kan forstå at det er stilt et slikt vilkår." For å frata forhandlingsmotpartens eventuelle berettigede forventninger om bundethet vil forbeholdet måtte være så klart at motparten med rimelighet forstår innholdet. En side av lojalitetsprinsippet er at parter skal uttrykke seg klart og forståelig ved avtalevilkår.⁹¹ Kravet til at forbehold må være klart og forståelig formulert kan dermed også kunne begrunnes i lojalitetsprinsippet. Ettersom klarhetskravet ved signeringsforbehold begrunnes forventingsprinsippet og lojalitetsprinsippet, er det gode grunner taler for at et slikt klarhetskrav i utgangspunktet må legges til grunn også for typer andre forbehold enn signeringsforbehold.

Videre fremgår det av Strømstad Marina-dommen at "dersom vilkåret først oppstilles etter at partene har kommet et stykke ut i forhandlingsprosessen, vil kravet til tydelighet generelt skjerpes."⁹² Også dette standpunktet må gjelde for andre typer forbehold om bundethet, og kan sees i sammenheng med at lojalitetsprinsippet skjerpes etter hvert som forhandlingene forløper og partene nærmer seg avtaleinngåelse, se punkt 2.1.6.

Regelen om at klarhetskravet kan skjerpes dersom forbeholdet fremsettes et stykke ut i forhandlingene, forutsetter at det ikke er noe krav om at forbehold om bundethet må fremsettes på et tidlig stadium. Systembetraktninger og "fra det mer til det mindre"-betraktninger tilsier etter mitt syn at så lenge en part kan trekke seg ubundet fra forhandlingene, må parten også ha anledning til å stille vilkår for avtalebinding. Som det følger av Strømstad Marina-dommen vil det imidlertid kunne stilles høyere krav til hvor klart og tydelig vilkåret om binding må være tatt dersom det fremsettes sent i forhandlingene.

⁹¹ Giertsen s. 11.

⁹² Rt. 2014 s. 100 (avsnitt 33).

Masteroppgaven avgrenses mot å vurdere hvorvidt et sent fremsatt forbehold som velter forhandlingene etter omstendighetene kan være erstatningsbetingende illojalt, se punkt 1.2.2.

Dersom forhandlingsmotparten fortsetter forhandlingene uten å rette innsigelser mot et ensidig forbehold om bundethet, vil denne parten anses for å ha akseptert forbeholdet stilltiende ved konkludent adferd eller passivitet.⁹³

I resten av punkt 4 vil et noen utvalgte former for partsregulering av bindingsspørsmålet behandles nærmere. Punkt 4.1 vil ta opp noen særlige problemstillinger knyttet til signeringsforbehold. Signeringsforbehold er særlig interessant for masteroppgavens tema, ettersom manglende skriftlighet ofte blir påberopt som en innvending mot avtalebundethet også der det ikke er tatt eksplisitt signeringsforbehold. I punkt 4.2 vil det kyttes noen betraktninger til de tilfellene partene har avtalt eller tatt forbehold om *closing*, og i punkt 4.3 vil *intensjonsavtaler* betydning for bindingsspørsmålet behandles nærmere.

Det finnes imidlertid en rekke andre praktiske former for avtaleregulering av bindingsspørsmålet ved kommersielle avtaler. Et eksempel på dette er *styreforbehold*, hvor partene i utgangspunktet står fritt inntil selskapets styre har godkjent kontrakten.⁹⁴ I lys av avtalefriheten er det imidlertid kun fantasien som setter grenser for hvilke forbehold som kan tas om binding, og det finnes en rekke andre praktiske eksempler. På grunn av ordgrensen avgrenses masteroppgaven til å ta for seg de særlige problemstillingene som knytter seg til signeringsforbehold, closing og intensjonsavtaler.

4.2 Signeringsforbehold

Signeringsforbehold er en svært praktisk form for regulering av bindingstidspunktet. Denne typen forbehold kalles også for "avtalt skriftform".⁹⁵ Konsekvensen av å stille vilkår om at avtalen må underskrives for at partene skal bindes vil i utgangspunktet være at partene står "helt fritt til å forkaste eller godta forhandlede og fullstendige utkast til avtaler", jf. Vinagenturdommen.⁹⁶

⁹³ Woxholth s. 118.

⁹⁴ Samme sted.

⁹⁵ Woxholth s. 117.

⁹⁶ Rt. 1998 s. 946 (s. 958).

Et forbehold om at avtalen skal underskrives vil imidlertid kunne by på tolkningsproblemer, og i det følgende vil det vises til et par eksempler. Problemet er ofte hvorvidt signeringen skal tolkes som et vilkår for bundethet. Alternativet er at signeringen av avtalen kun er en formalisering av avtalen for etterprøvnbarhet, og at binding dermed kan oppstå på et tidligere tidspunkt.

Et eksempel på tolkningsspørsmål ved signeringsforbehold er den nevnte Strømstad Marina-dommen. Her hadde kjøper gitt klart uttrykk overfor megleren om det skulle være mulig å trekke seg fritt fra forhandlingene inntil avtalen var signert. Overfor selger presenterte megler imidlertid forbeholdet som at forhandlingene skulle gå videre "under den forutsetning at ingen av partene har krav mot den annen dersom forhandlingene ikke fører frem til en signert avtale." Ettersom selgeren ikke visste hvordan kjøper hadde uttrykt seg ovenfor megler, forelå det ingen felles forståelse av forbeholdet, og ordlyden megleren presenterte ovenfor selger måtte tolkes objektivt. Lagmannsretten hadde tolket forbeholdet som et forbehold mot at det ikke kunne inntre prekontraktuelt ansvar før signering, men at dette ikke var til hinder for at bundethet kunne inntre før partene hadde underskrevet avtalen. Høyesterett fant imidlertid ikke grunnlag for en slik tolkning. Prekontraktuelt ansvar fremsto som en høyst teoretisk mulighet for Høyesterett, og at det var mer nærliggende å tolke forbeholdet som et signeringsforbehold. At avtalen gjaldt en virksomhetsoverdragelse av betydelig verdi underbygge en slik tolkning.

Woxholth har rettet adskillig kritikk mot Høyesteretts tolkning av det konkrete forbeholdet i saken, og mener at forbeholdet bør tolkes som et forbehold om at partene ikke kunne bli erstatningsansvarlige basert på prekontraktuelt ansvar.⁹⁷ Han mener både ordlyden isolert og konteksten talte for et slikt syn.

Etter mitt syn er ikke tolkningen åpenbar, men jeg mener Høyesteretts tolkningsalternativ har best grunner for seg. Det kan riktignok være uklart hva som menes med "ingen av partene har krav mot den annen", men ordlyden synes å forutsette at forhandlingene måtte føre til en "signert avtale". Prekontraktuelt ansvar vil ikke være aktuelt dersom partene er bundet. Det fremstår derfor som lite nærliggende å ta forbehold mot prekontraktuelt erstatningsansvar frem til signering dersom det ikke samtidig var en forutsetning at signering av avtalen var et

⁹⁷ Geir Woxholth, "Avtaleinngåelse. Avtaletolkning – Rt. 2014-100", *Nytt i privatretten*, nr. 2 2014 s. 17-22 (s. 20-21).

vilkår for å binde partene. Tolkningen levner noe tvil, men jeg mener at forbeholdet er klart nok formulert til å frata motparten berettigede forventninger om bundethet før signering.

I Strømstad Marina-dommen legger Høyesterett videre til grunn at hensynet til gjensidighet tilsier at et ensidig fremsatt signeringsforbehold må kunne påberopes av motparten, slik at begge står fritt inntil det foreligger underskrift. Videre ble det lagt til grunn at bortfall av et signeringsforbehold må kreve klare holdepunkter. Noe annet vil medføre at forbeholdets formål om å skape trygghet med hensyn til når det foreligger bundethet blir forspilt.

I Optimogården-dommen, som gjaldt inngåelse av kontrakt om næringsleie, oppsto også spørsmålet om det var tatt uttrykkelig signeringsforbehold. I forhandlingene var det uttalt at avtalen skulle "signeres sentralt", men Høyesterett påpekte at dette ikke nødvendigvis betyr at avtalen også må godkjennes sentralt. Parten som påberopte seg signeringsforbehold hadde i e-post skrevet at det var "på tide å kunne signere leieavtalen slik at alle formaliteter kommer på plass". Dette e-posten ble tolket i retning av at underskrift ikke var en materiell betingelse for avtaleinngåelse. Høyesterett konkluderte med at det ikke var tatt et så klart og tydelig signeringsforbehold at det kunne gi parten rett til å stå fritt til å forkaste en ferdigforhandlet avtale. Det ville vært enkelt for dem å gjøre et slikt forbehold tilstrekkelig klart i løpet av forhandlingsprosessen. Avtale ble ansett som inngått med 4-1 i dissens, hvor dissensen gikk på fullmakt og legitimasjon for forhandlingsrepresentanten.

I dommen avendte Høyesterett klarhetskravet ved forbehold om bundethet, og fant at dette kravet ikke var tilstrekkelig ivaretatt. Parten som påberopte seg signeringsforbehold hadde ikke uttrykt seg på en slik måte at de hadde fratatt den andre parten berettigede forventninger om at avtale kunne inngås før avtalen var signert.

4.3 Closing

I større kommersielle forhandlingsavtaler hender det at partene avtaler *closing*. Closing er særlig praktisk ved kjøp og salg av fly og skip, låneavtaler, eiendomssalg og virksomhetsoverdragelser.⁹⁸ Om closing skriver Krüger at:

⁹⁸ Woxholth s. 130, Hov og Høgberg s. 139.

*"Forutsetningen om closing vil i praksis i det minste indikere at det skal skje en formalisering, ved partenes omforente fysiske – eller elektroniske – underskrift på det papir som sammenfatter kontraktsdokumentasjonen."*⁹⁹

Både Hov og Woxholth legger til grunn at closing innebærer at partene legger frem og bekrefter et avtalt sett med dokumenter.¹⁰⁰ Krüger og Woxholth påpeker imidlertid at betegnelsen ikke har et helt entydig innhold.¹⁰¹

For masteroppgavens tema er spørsmålet hvilken betydning et gjensidig eller ensidig forbehold om closing har for spørsmålet om bundethet. Utgangspunktet vil være om partene har felles forståelse om betydningen av closing. I mangel på en felles forståelse må spørsmålet avgjøres på bakgrunn av handelspraksis og sedvane.¹⁰²

Woxholth legger til grunn at closing innebærer en slutføring av en avtale som allerede er inngått på et tidligere tidspunkt.¹⁰³ Manglende closing er dermed en oppfyllelseshandling, og ikke avgjørende for hvorvidt partene er bundet. Krüger tolker også closing som at betegnelsen ikke har noe bindingsvirkning på alminnelig grunnlag.¹⁰⁴

I Vinagenturdommen var det satt en dato for closing, men selgeren møtte aldri opp til denne. Høyesterett behandler ikke spørsmålet om betydningen av manglende closing uttrykkelig, men at closing ikke var gjennomført ble ikke tillagt noen betydning for spørsmålet om bundethet. Krüger mener dommen er i god overenstemmelse med juridisk teori på dette punktet.¹⁰⁵

Med den rettspraksis og avtalerettslige teori som foreligger om closing vil det være nærliggende å konkludere med at closing ikke har selvstendig betydning for om partene er bundet. Dette utgangspunktet må gjelde der partene ikke har en felles forståelse av closingbegrepet.

4.4 Intensjonsavtaler

⁹⁹ Krüger s. 264.

¹⁰⁰ Hov og Høgberg s. 139, Woxholth s. 130.

¹⁰¹ Woxholth s. 129, Krüger s. 267-268.

¹⁰² Krüger s. 269.

¹⁰³ Woxholth s. 129.

¹⁰⁴ Krüger s. 269.

¹⁰⁵ Krüger s. 277.

Intensjonsavtaler benyttes ofte i sammenheng med forhandlingsavtaler, og bygger på den ango-amerikaske avtaleformen "letters of intent."¹⁰⁶ På et stadium i forhandlingsprosessen – som regel tidlig – utformer partene en erklæring i skisseform som angir et mål for forhandlingene som de ønsker å bli enige om.¹⁰⁷ Erklæringen inneholder som regel en hensikt og noen hovedpunkter for kontrakten det skal forhandles om.

Motivasjonen bak en slik avtale er som regel at forhandlingskontrakten er omfattende og tidkrevende, og en intensjonsavtale signaliserer at partene mener alvor med forhandlingene. Videre vil en intensjonsavtale kunne regulere andre forhold enn bundethet, blant annet hemmelighold rundt forretningshemmeligheter(konfidensialitetsplikt) eller forbud mot å forhandle med andre aktører samtidig.¹⁰⁸

Spørsmålet intensjonsavtaler aktualiserer for masteroppgaven er hvorvidt de får betydning for spørsmålet om partene er bundet. Det ligger i begrepet intensjonsavtale at erklæringen er foreløpig og skal senere avløses av den fremforhandlede kontrakten, noe som i seg selv tyder på at den ikke skal være rettslig forpliktende.¹⁰⁹ Betegnelsen på avtalen er imidlertid ikke avgjørende, og vurderingen må bero på en tolkning av den konkrete intensjonsavtalen og eventuelle felles forutsetninger mellom partene.¹¹⁰ Ved mangel på konkrete holdepunkter ved tolkningen må det imidlertid vurderes om det kan oppstilles en presumsjon for intensjonsavtalers betydning for bindingsspørsmålet.

Dersom det ikke er bestemt i intensjonsavtalen hvorvidt den skal være rettslig forpliktende eller ei, og det heller ikke foreligger tolkningsmomenter som kan belyse spørsmålet, har Høyesterett avgitt et obiter dictum i Rt. 1995 s. 543 (Selsbakkhøgda borettslag). Høyesterett legger til grunn at "[p]resumsjonen ved avtaler av denne typen er at partene ikke er forpliktet til å inngå på den påtenkte avtalen".¹¹¹ I en slik presumsjon legger Woxholth at partene kan gå fra forhandlingene uten annen grunn enn at de ikke lenger ønsker å inngå kontrakten, og det kreves ikke noen rimelig grunn.¹¹² I samme obiter dictum uttaler imidlertid Høyesterett at det

¹⁰⁶ Krüger, s. 272, Hov og Høgberg s. 151.

¹⁰⁷ Woxholth s. 126, Hov og Høgberg s. 152.

¹⁰⁸ Hov og Høgberg s. 152.

¹⁰⁹ Woxholth s. 126-127.

¹¹⁰ Hov og Høgberg s. 152, Woxholth s. 128.

¹¹¹ Rt. 1995 s. 543 (s. 552).

¹¹² Woxholth s. 128.

enkelte tilfellet kan ha "forhold som gjør at partene ikke fritt kan trekke seg ut av forholdet".¹¹³

Presumsjon om at intensjonsavtaler ikke forplikter partene til å inngå avtalen kan begrunnes i at intensjonsavtaler kan være nyttige for å legge rammene for en omfattende forhandlingsavtale i skisseform, og det er et behov for å kunne gjøre dette uten å bli rettslig forpliktet.¹¹⁴ Videre vil det ofte være partsrepresentanter som underskriver intensjonsavtaler, og disse har ofte ikke formell myndighet til å forplikte selskapet.¹¹⁵ Dersom rettslige forpliktelser presumtvt skal inntre for partene ved intensjonsavtaler vil dette kunne virke som en "felle" for partene.¹¹⁶

Presumsjonen harmonerer også godt med den svenske høyesterettsavgjørelsen NJA 1990 s. 745, hvor domstolen uttalte:

"Ett letter of intent brukar parter, som förhandlar, utfärda när de önskar manifestera sin avsikt att ingå ett avtal. Letters of intent betraktas i princip inte som bindande men de kan innehålla klausuler som är avsedda att vara förpliktande för parterna. I doktrinen har letters of intent uppmärksamats först på senare år. Någon allmänt omfattad uppfattning om deras rättsliga innebörd föreligger inte och det synes råda en betydande osäkerhet om de, när de saknar bindande klausuler, har några rättsverkningar."

Hagstrøm tar denne dommen til inntekt for at intensjonsavtaler ikke medfører at partene blir forpliktet til å inngå avtale, og synes tvert imot å forutsette at intensjonsavtaler kan gi signaler om at partene først vil bli bundet etter de har signert den ferdigforhandlede kontrakten.¹¹⁷ Et slikt synspunkt er etter mitt syn å trekke betydningen av intensjonsavtaler for langt. Synspunktet må sees i sammenheng med Hagstrøms standpunkt om at det som regel må kreves skriftlighet for bundethet ved sammensatte kommersielle forhandlingsavtaler.¹¹⁸ Artikkelen er fra 1995, og dermed i forkant av Vinagenturdommen og flere andre sentrale dommer om bundethet ved forhandlingsavtaler.

¹¹³ Rt. 1995 s. 543 (s. 552).

¹¹⁴ Woxholth s. 128.

¹¹⁵ Woxholth s. 129.

¹¹⁶ Samme sted.

¹¹⁷ Hagstrøm s. 600.

¹¹⁸ Hagstrøm s. 605-606.

I Vinagenturdommen hadde forøvrig partene opprettet en intensjonsavtale om virksomhetsoverdragelsen, men denne intensjonsavtalen fikk ingen selvstendig betydning for Høyesteretts vurdering av om avtale var inngått. Dette harmonerer med presumsjonen for at partene ikke forpliktes til å inngå avtalen. Krüger mener likevel at intensjonsavtalen kan ha gjort det lettere for Høyesterett å fastslå binding gjennom en helhetsvurdering.¹¹⁹

Oppsummert synes utgangspunktet ved intensjonsavtaler å være at intensjonsavtaler ikke har selvstendig betydning for bindingsspørsmålet, men at en intensjonsavtale etter omstendighetene kan få betydning som et støtteargument i helhetsvurderingen av om avtale er inngått.

Betydningen intensjonsavtaler kan få for et eventuelt prekontraktuelt erstatningsansvar faller utenfor oppgavens rammer, se punkt 1.2.2.

¹¹⁹ Krüger s. 279.

5 Bundethet ved forhandlingsavtaler etter ulovfestede deklarasjoniske regler

5.1 Kapitlets fremstilling

Tema for kapitlet 5 vil være hvilke disposisjonskriterier som typisk er av betydning for hvorvidt avtale er kommet i stand mellom partene etter ulovfestede deklarasjoniske regler. Vurderingstemaet er fortsatt hvorvidt partene i lys av en konkret helhetsvurdering har berettigede forventninger den andre har bundet seg, se punkt 2.2.2.¹²⁰

Forutsetningen i den videre fremstillingen er at det ikke kan identifiseres utsagn i partenes kommunikasjon som kan kvalifiseres som tilbud og aksept i avtalelovens forstand. Det forutsettes også at partene ikke er tatt forbehold om hvilke vilkår som skal binde dem.

Som det følger av kapittel 3 vil imidlertid disposisjonskriteriene nedenfor også kunne få betydning i vurderingen av om det foreligger bindende tilbud og aksept etter avtaleloven ved forhandlingsavtaler. Disse disposisjonskriteriene vil også kunne få betydning for tolkningen av forbehold om bundethet og hvilke berettigede forventninger de medfører, se kapittel 4.

5.2 Enighet om de vesentlige punkter i avtalen

5.2.1 Utgangspunkter

Ved forhandlingsavtaler er det i norsk avtalerett en ledende oppfatning om at det har stor betydning for disposisjonsspørsmålet hvorvidt partene er *enige om de vesentlige punkter* i avtalen.¹²¹ En prinsipiell dom om denne modellen er Vinagenturdommen, som omhandlet en forhandlingsavtale om salg av halvparten av aksjene i et vinagentselskap. I dommen la Høyesterett enstemmig til grunn at det var enighet om de vesentlige punktene i avtalen, og avtale ble ansett inngått gjennom betinget tilbud og betinget aksept. Dette var til tross for at det ikke forelå en underskrevet avtale mellom partene. Høyesterett uttalte prinsipielt:

¹²⁰ Giertsen s. 70-71.

¹²¹ Woxholth s. 120, Giertsen s. 71, Hov og Høgberg s. 136, Hagstrøm s. 595.

*"Muntlige avtaler er bindende med mindre annet følger av lov, avtale eller er forutsatt mellom partene. Høyesterett har i flere avgjørelser ut ifra en konkret vurdering lagt til grunn at partene blir bundet når de er blitt enige om alle de vesentlige punkter i en avtale, selv om ikke alle forhold er avklart og undertegnet avtale ikke foreligger, jf. Rt-1987-1205, Rt-1991-1171 og Rt-1996-415."*¹²²

Uttalelsen viser at formfrihetsprinsippet også er utgangspunktet ved forhandlingsavtaler, og at det ikke kreves at slike avtaler inngås skriftlig. Det er heller ikke noe krav om at forhandlingene er sluttført eller at alle forholdene i avtalen er avklart. Høyesterett uttaler videre:

*"I de tilfelle partene i skriftlig form har avtalefestet noen hovedvilkår, vil det være nærliggende å anse avtale for inngått når partene har blitt enige om de øvrige vesentlige vilkår. Etter hvert som resultatene av forhandlingene viser seg og enighet oppnås, kan hver av partene ut ifra en allmenn forutsetning om gjensidig lojalitet ha grunnlag til å anta at partene er bundet selv om endelig avtale ikke er undertegnet."*¹²³

Det er lojalitetsprinsippet som kommet uttrykkelig frem i argumentasjonen til Høyesterett. Som det fremgår av punkt 2.1.6 øker kravet til lojalitet gradvis etter hvert som forhandlingene forløper. Dommen viser at lojalitetsprinsippet står sterkt der partene har kommet så langt i forhandlingene at de er enige om de vesentlige punktene i avtalen, og at det på dette tidspunktet vil kunne anses som illojalt å trekke seg.

Argumentasjon til Høyesterett bygger imidlertid i stor grad på prinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger, selv om dette ikke fremgår eksplisitt. Formuleringen om at hver av partene kan ha "grunnlag til å anta at partene er bundet selv om endelig avtale ikke er undertegnet" viser til prinsippet om berettigede forventninger. At Høyesteretts argumentasjon i Vinagenturdommen bygger på forventingsprinsippet er også lagt til grunn i juridisk teori. Woxholth tolker Høyesteretts standpunkt som at det etter en totalvurdering var mest nærliggende å beskytte forventningene til den parten som hadde lagt til grunn at enighet om de vesentlige punkter var tilstrekkelig for bundethet.¹²⁴

¹²² Rt. 1998 s. 946 (s. 958).

¹²³ Samme sted.

¹²⁴ Woxholth s. 122-123.

Dommen viser at berettigede forventinger om bundethet ved enighet om de vesentlige punktene kan oppstå "ut ifra en allmenn forutsetning om gjensidig lojalitet".

Vinagenturdommen illustrerer dermed også samspillet mellom forventningsprinsippet og lojalitetsprinsippet ved forhandlingsavtaler, slik det ble redegjort for i masteroppgavens punkt 2.1.6.

Avtaleinngåelsen i Vinagenturdommen skjedde formelt gjennom betinget tilbud og betinget aksept. Det måtte imidlertid gjøres en helhetsvurdering av hele forhandlingssituasjonen, og som det ble nevnt i kapittel 3 er det ikke noe skarpt skille mellom vurderingen av bundethet hvor avtale formelt inngås gjennom tilbud og aksept eller etter ulovfestede deklatoriske regler. Standpunktene til Høyesterett i Vinagenturdommen er uansett prinsipielle, og har senere blitt lagt til grunn i Høyesterettsdommer hvor det ikke har blitt identifisert bindende tilbud og aksept, blant annet Optimogården-dommen, Strømstad Marina-dommen og Rt. 2006 s. 1585 (Mæle-dommen). Sammenhengen mellom forventningsprinsippet, lojalitetsprinsippet, formfrihetsprinsippet og partenes enighet om de vesentlige punkter fremgår av en prinsipiell uttalelse i Optimogården-dommen, hvor det i avsnitt 47 fremgår:

"Det er på det rene at avtale kan anses inngått når (...) den ene part har handlet slik at medkontrahenten har rimelig grunn til å tro at avtale er inngått. Et utgangspunkt ved vurderingen er om partene har blitt enige om de vesentlige punktene i avtalen, jf. Rt-1998-946 på side 958. Vurderingen må skje ut ifra en forutsetning om lojalitet under forhandlingene."

En foreløpig slutning er dermed at det ikke kan oppstilles noe generelt krav om at alle forhold er avklart eller avtalen underskrevet for bindingsspørsmålet ved forhandlingsavtaler. Partene kan etter omstendighetene bindes ved enighet om de vesentlige punkter.

I det følgende vil det drøftes forskjellige problemstillinger knyttet til partenes enighet om de vesentlige punkter. I punkt 5.2.2 vil det vurderes hvilken betydning avtalens karakter har for om det kan oppstå bundethet ved enighet om de vesentlige punkter, og hvilke forhold som kan medføre at foreligger et skriftlighetskrav. I punkt 5.2.3 vil det vurderes nærmere hvilken betydning enighet om de vesentlige punkter i avtalen har i vurderingen av om partene er bundet dersom det ikke gjelder noe krav om skriftlighet. Punkt 5.2.4 vil deretter ta for seg hvilke punkter som normalt regnes som vesentlige, og punkt 5.2.5 vil knytte noen merknader til bevisvurderingen ved forhandlingsavtaler. Deretter vil det i punkt 5.2.6 gjøres noen

refleksjoner rundt terminologien for regelen om at enighet om de vesentlige punkter kan binde partene.

5.2.2 Betydningen av avtalens karakter

I dette punktet vil det tas stilling til hvilke type avtaler hvor regelen om at enighet om de vesentlige punkter etter omstendighetene kan binde partene får anvendelse. I juridisk teori skilles det mellom enkle og kompliserte avtaler når det skal vurderes om enighet om de vesentlige punkter kan binde partene.¹²⁵ Det vil imidlertid ikke kunne oppstilles noe klart skille mellom slike enkle og kompliserte avtaler, og det må legges til grunn at det foreligger en glideskala.

Som enkle avtaler betegnes ofte avtaler om levering av tingytelser eller tjenester.¹²⁶ For slike avtaler synes det å være bred konsens om at det må tillegges stor vekt at det er oppnådd enighet om de vesentlige punkter i avtalen.¹²⁷ Woxholth uttaler at det "som hovedregel sikkert kan besvares bekreftende at enighet om hovedpunktene er nok [til å binde partene]".¹²⁸

På den andre siden av glideskalaen finner man sammensatte eller langvarige samarbeidspregede avtaler. Eksempler på slike avtaler kan være oppføring av næringsbygg eller virksomhetsoverdragelser. For denne type avtaler er det i juridisk teori rettet adskillig kritikk mot at partene skal kunne bindes ved enighet om de vesentlige punkter i avtalen. Innvendingen er at partene skal kunne ta stilling til det endelige forhandlingsresultatet før bundethet inntreffer.

Hagstrøm mente at modellen om at partene kan bindes ved enighet om de vesentlige vilkår ikke skal kunne anvendes på "forhandlinger om større, komplekse kommersielle kontrakter der slikt ikke er kutyme."¹²⁹ Han uttalte prinsipielt at:

"En rettstilstand som innebærer at partene kan slutføre forhandlingene og deretter ta endelig standpunkt til om de vil godta det samlede resultat, gir en fleksibel løsning som forretningslivet så vidt skjønnes er best tjent med. For den skuffede part kan det selvfølgelig være ergerlig at det er gått med tid og påløpt kostnader til forhandlinger

¹²⁵ Woxholth s. 120-121, Hagstrøm s. 596.

¹²⁶ Woxholth s. 120, Hagstrøm s. 596.

¹²⁷ Woxholth s. 120, Hagstrøm s. 596.

¹²⁸ Woxholth s. 120.

¹²⁹ Hagstrøm s. 606.

*som ikke har ført til noe. Men dette er nå engang del av den forretningsmessige risiko."*¹³⁰

Hagstrøm mente at illojal opptreden og misbruk kunne sanksjoneres tilstrekkelig gjennom reglene om prekontraktuelt ansvar.¹³¹

Woxholth mener *de lege ferenda* at det er tvilsomt om det bør være tilstrekkelig med enighet om de vesentlige punkter for å binde partene ved kompliserte og langvarige avtaler. For slike avtaler mener han at det i utgangspunktet er like berettigede forventninger om at binding først inntreffer ved signering av en ferdigforhandlet avtale.¹³² Han påpeker imidlertid at det også for kompliserte avtaler vil kunne få usikre og tilfeldige konsekvenser dersom medkontrahenten trekker seg i siste øyeblikk, og at dette kan virke uheldig for hensynet til omsetningslivets sikkerhet.¹³³ Partene i kompliserte avtaleforhold er som regel profesjonelle parter, og vil ofte ha juridisk bistand som bør ha kjennskap til hvordan bundethet ved enighet om de vesentlige forhold kan unngås. De bør derfor kunne vurdere hensiktsmessigheten av å ta konkrete forbehold mot bundethet før signering av avtalen.¹³⁴

Der avtalen forutsetter et langvarig samarbeid mellom partene er det kommet særlig sterke innvendinger mot at partene skal kunne bindes ved enighet om de vesentlige punktene. Den svenske forfatteren Stig Sohlberg uttaler at alle langvarige samarbeidsavtaler bygger på tillitt, og dersom en part ikke ønsker å inngå avtalen, vil den avgjørende forutsetningen for et langvarig samarbeid mangle.¹³⁵ Han illustrerer synspunktet med følgende bilde:

*"Et nej, om så först vid alteret, måste betyda nej, oavsett vilka omfattande förberedelser bruden, brudgommen, släktinger och vänner eventuellt måste ha föritagit ... Kostnaderna för fremtvingade "äkteskap" blir mångedubbelt högre än kostnaden för avbrutna avtalsförhandlingar ... Oavsett om hur parterna, medvetet eller omedvetet, inriktat sig på att "det blir et avtal oss emellan", så träffas inget avtal förrän genom underskriften"*¹³⁶

¹³⁰ Samme sted.

¹³¹ Samme sted.

¹³² Woxholth s. 121-122

¹³³ Samme sted.

¹³⁴ Samme sted.

¹³⁵ Stig Sohlberg, "Inngåelse av avtal – Back to basics", *Juridisk tidsskrift 1993/1994* s. 657-659 (s. 658-659)

¹³⁶ Samme sted.

Standpunktet til Sohlberg ved "forlovelsespregede" samarbeidsavtaler synes blant annet å ha fått tilslutning av Krüger.¹³⁷

Høyesterett tok prinsipielt stilling til spørsmålet om mer sammensatte avtaleforhold krever skriftlighet i Vinagenturdommen. I dommen heter det at:

*"Det er ikke rettslig grunnlag for generelt å kreve skriftlighet i mer sammensatte avtaleforhold, men forhandlingsituasjonen kan i slike tilfelle føre til at partene gjensidig forutsetter et endelig utkast og undertegning før de blir bundet."*¹³⁸

I Vinagenturdommen gjaldt den aktuelle avtalen en overdragelse av halvparten av aksjene i et vinagentselskap. Virksomhetsoverdragelsen skulle integreres i en ny selskapsstruktur med et holdingselskap, og det måtte blant utformes avtale om stiftelse av holdingselskapet, aksjonæravtale og aksjekjøpsavtale. Dommen gjaldt dermed inngåelse av en komplisert og sammensatt avtale.¹³⁹

Dommen knesetter at formfrihetsprinsippet også er utgangspunktet ved sammensatte avtaleforhold, og at enighet om de vesentlige punkter etter omstendighetene kan binde partene også ved sammensatte avtaler. Krüger og Woxholth har også tolket dommen på denne måten.¹⁴⁰ Høyesterett synes å legge til grunn at det ikke kan stilles krav om skriftlighet med mindre dette er forutsatt mellom partene, og inntar dermed det motsatte standpunkt av det Hagstrøm argumenterte for i sitatet ovenfor. At forhandlingssituasjonen kan medføre en felles forutsetning om skriftlighet mellom partene er imidlertid en viktig presisering, og dette vil behandles nærmere nedenfor.

Vinagenturdommen ble fulgt opp av flere dommer hvor kompliserte avtaler ble ansett inngått før avtalen var ferdigforhandlet og underskrevet. I Mæle-dommen var spørsmålet om det var inngått bindende avtale mellom partene om å inngi likelydende bud på en skogeiendom, og at den som fikk tilslag deretter skulle selge halvparten av eiendommen til den andre. Partene var enige om at avtale var kommet i stand om å inngi likelydende bud, og slike bud ble inngitt av partene ved budrundene 4. og 10. november. Det var imidlertid uenighet om det var bindende avtalt at vinneren av budrunden skulle selge halvparten av skogeiendommen til den andre

¹³⁷ Krüger s. 271.

¹³⁸ Rt. 1998 s. 946 (s. 958).

¹³⁹ Krüger s. 279.

¹⁴⁰ Samme sted.

parten. Selv om Høyesterett påpekte at det "er spørsmål om en muntlig avtale på et område der en normalt ville forvente skriftlighet", kom Høyesterett med dissens 4-1 til at avtale om videresalg var inngått.¹⁴¹ Dommen følger dermed opp Vinagenturdommens standpunkt om at kompliserte avtaler kan være inngått før de er ferdigforhandlet og underskrevet.

Optimogården gjaldt som nevnt spørsmålet om det var inngått kontrakt om næringsleie, og Høyesterett oppstilte spørsmålet om det "til tross for at Ernst & Young aldri undertegnet noen skriftlig avtale – likevel [var] kommet til en bindende avtale?"¹⁴² Etter å ha gjennomgått det som hadde foregått mellom partene konkluderer Høyesterett med at det ikke "var noen forhold av betydning som gjensto mellom partene."¹⁴³ Partene hadde oppnådd enighet om alle vesentlige punkter, og utarbeidet et endelig avtaleutkast. Avtale var dermed inngått.

I Strømstad Marina-dommen, som ble gjennomgått i punkt 4, var det tatt gjeldende signeringsforbehold. Høyesterett knyttet likevel noen merknader til reglene om avtaleinngåelse ved forhandlingsavtaler i et obiter dictum. Først uttales det at utgangspunktet og hovedregelen i norsk rett er at det ikke gjelder noe formkrav ved inngåelse av avtaler. Det vises deretter til de prinsipielle uttalelsene i Vinagenturdommen, før Høyesterett uttaler at:

"Denne rettsstilstanden innebærer altså at man, selv ved mer kompliserte forhandlinger, kan risikere å bli ansett bundet til en avtale uten selv å være oppmerksom på at forhandlingene har nådd et slikt stadium."

Disse dommene bygger opp under standpunktet fra Vinagenturdommen. Det må derfor legges til grunn at regelen om at enighet om de vesentlige punkter etter omstendighetene kan binde partene gjelder ved kompliserte avtaler, og at gjelder så langt det ikke foreligger en felles forutsetning for noe annet. I det følgende vil det derfor vurderes hvilke forhold som typisk kan medføre en felles forutsetning mellom partene om at det kreves signering av en ferdigforhandlet avtale for at partene skal bindes.

I Vinagenturdommen uttalte Høyesterett som nevnt at "forhandlingssituasjonen kan (...) føre til at partene gjensidig forutsetter et endelig utkast og undertegning før de blir bundet." Høyesterett uttaler videre at forutsetning om undertegning av endelig utkast for eksempel kan

¹⁴¹ Rt. 2006 s. 1585 (avsnitt 45).

¹⁴² Rt. 2011 s. 410 (avsnitt 46).

¹⁴³ Rt. 2014 s. 100 (avsnitt 30).

foreligge "hvor flere deltar i forhandlingene på partenes vegne eller hvor partene er fra to eller flere land."

At flere deltar i forhandlingene på partenes vegne er ikke upraktisk ved store kommersielle kontrakter. Der avtalen er kompleks kan partene se seg tjent med "forhandlingsteam" som inneholder representanter for selskapet, jurister, revisorer og andre personer med nødvendig fagkunnskap. Deler av forhandlingene kan da for eksempel skje mellom partenes jurister. I slike situasjoner blir forhandlingene så uoversiktlige at det etter mitt syn er gode grunner som taler for at partene bør kunne ta stilling til det ferdigforhandlede resultatet. Det kan derfor argumenteres for at det ikke foreligger berettigede forventninger om bundethet før avtalen er underskrevet. Et annet poeng er at det ofte er få eller ingen i forhandlingsteamet som har kompetanse til å binde selskapet, se punkt 1.2.3.

Partenes nasjonalitet og bakgrunn kan være av betydning for partenes berettigede forventninger om tidspunktet binding inntreffer, selv om spørsmålet avgjøres etter norsk rett. Jeg anser at dette for eksempel kan tenkes å gjelde der en av partene kommer fra et "common-law"-basert rettskulturr, hvor det er et prinsipp om stor frihet i den prekontraktsuelle fasen.¹⁴⁴ I Strømstad Marina-dommen var den ene parten svensk, men Høyesterett påpekte at signeringsforbehold var et kjent fenomen også i Sverige. Partenes forskjellige nasjonalitet fikk dermed ikke innvirkning på partenes forventninger.¹⁴⁵

Tidligere praksis mellom partene kan også gi felles forutsetninger om at binding først oppstår ved signering av en ferdigforhandlet avtale.¹⁴⁶ Det samme gjelder der det er tradisjon for skriftlighet i den aktuelle bransjen eller for den aktuelle avtaletypen.¹⁴⁷ Videre vil partenes eventuelle felles forutsetninger om skriftlighet kunne bygge på deres uttalelser og adferd under forhandlingene.¹⁴⁸

Det kan spørres om det kan forutsettes et krav om skriftlighet av forhandlingssituasjonen dersom avtalen både er komplisert og forutsetter et langvarig samarbeid. Disse blir som nevnt omtalt som samarbeidskontrakter av "forlovelses"-typen av Krüger og Sohlberg, og bygger i stor grad på et tillitsforhold mellom partene. I sin tolkning av Vinagenturdommen mener

¹⁴⁴ Simonsen, s. 6.

¹⁴⁵ Rt. 2014 s. 100 (avsnitt 37 og 38).

¹⁴⁶ Giertsen s. 75.

¹⁴⁷ Hov og Høgberg s. 141, Giertsen s. 75.

¹⁴⁸ Hov og Høgberg s. 141, Giertsen s. 75.

Krüger at det må utvises varsomhet med å trekke domsresultatet for langt mot slike langvarige samarbeidsavtaler.¹⁴⁹ Det foreligger foreløpig ikke noen Høyesterettsavgjørelser om avtaleinngåelse ved denne typen langvarige forhandlingsavtaler, så spørsmålet står fortsatt åpent. Det foreligger imidlertid sterke innvendinger mot å slå fast bundethet ved langvarige samarbeidsavtaler der den ene parten ikke ønsker å inngå den.

5.2.3 Vekt i vurderingen av om avtale er inngått

Ovenfor er det gjort rede for at det ikke gjelder noe alminnelig krav om at avtalen er ferdigforhandlet og underskrevet for at partene skal bindes til en forhandlingsavtale. Dersom et skriftlighetskrav heller ikke følger forutsetningsvis mellom partene, må det gjøres en konkret helhetsvurdering av om partene er bundet. Som det ble redegjort for i punkt 2.2.2, vil det avgjørende være om det foreligger berettigede forventninger hos partene om at avtale er kommet i stand. Vurderingen må bero på en helhetsvurdering av alt som har foregått mellom partene, jf. Rt. 1998 s. 946.¹⁵⁰ Et sentralt spørsmål er derfor hvilken vekt partenes enighet om de vesentlige punkter har i denne helhetsvurderingen av partenes berettigede forventninger.

Det første spørsmålet vil være om enighet om de vesentlige punkter er *nødvendig* for at partene skal ha berettigede forventninger om at avtale er kommet i stand. Det andre spørsmålet vil være om enighet om de vesentlige punkter også er *tilstrekkelig* for at partene skal ha berettigede forventninger om at avtale er kommet i stand, eller om det kreves noe mer.

Woxholth mener at Vinagenturdommen, Mæle-dommen, Optimogården-dommen og Strømstad Marina-dommen i sammenheng gir gode argumenter for en *hovedregel* om at avtale har kommet i stand der partene er enige om de vesentlige punktene, også ved langvarige og kompliserte avtaleforhold.¹⁵¹ Giertsen ser på enighet om avtalens vesentligste punkter som et *minstekrav* i helhetsvurderingen av om partene er bundet, men at partene *normalt* også har rimelig grunn til å tro at den andre har bundet seg ved slik enighet.¹⁵² Hov nøyer seg med å fastslå at enighet om de vesentlige punkter vil ha betydelig vekt i vurderingen om partene er bundet.¹⁵³

¹⁴⁹ Krüger s. 280.

¹⁵⁰ Rt. 1998 s. 946 (s. 957).

¹⁵¹ Woxholth s. 126.

¹⁵² Giertsen s. 71-72 og s. 60.

¹⁵³ Hov og Høgberg s. 136.

I Vinagenturdommen la Høyesterett til grunn at det var enighet om "alle vesentlige punktene i avtalen."¹⁵⁴ I de mer prinsipielle uttalelsene i dommen synes Høyesterett å legge til grunn at dette er et minstekrav, blant annet ved uttalelsen om at det kan være nærliggende å "anse avtale for inngått når partene har blitt enige om de *øvrige* vesentlige vilkår" (min kursivering).¹⁵⁵ Også i Optimogården var partene enige om alle de vesentlige punktene, og slik enighet var et "utgangspunkt" for vurderingen av om avtale var inngått.¹⁵⁶

I Aadalen-dommen var spørsmålet om fire parter hadde bundet seg til å utvikle et garasjeprosjekt. En av forhandlingspartene kjøpte selv den aktuelle tomten til eget bruk, og trakk seg fra forhandlingene. Spørsmålet om avtale var inngått ble besvart enstemmig benektende. I forhandlingene gjensto det blant annet å avklare eierformen på tomten og det planlagte garasjeanlegget. Detaljer om utforming av bygningene gjensto også. Høyesterett la til grunn at det ikke kunne foreligge berettigede forventninger om at avtale var inngått, ettersom det "gjensto såpass mange sentrale, uavklarte punkter".¹⁵⁷ At alle de vesentlige punktene ikke var avklart ble derfor avgjørende for bindingsspørsmålet.

Dommene og juridisk teori må tas til inntekt for at det som hovedregel foreligger et minstekrav om enighet om alle de vesentlige punkter. Et unntak fra denne hovedregelen er imidlertid Mæle-dommen, hvor det ikke var enighet om den konkrete fordelingen av skogeiendommene.¹⁵⁸ Høyesterett uttalte at det dreier seg om en avtale hvor "[v]iktige spørsmål er overlatt til etterfølgende drøftelser".¹⁵⁹ Disse omstendighetene kunne imidlertid ikke utelukke bundethet i denne spesielle saken. Høyesterett la stor vekt på formålet med avtalen, at partene var usikre på om de kunne finansiere skogeiendommene ved en budkamp. Det var helt usannsynlig at partene ville oppgi muligheten til å inngi høyeste bud uten å få noe igjen. Avtalens formål ga dermed adskillig vekt i favør av at det forelå berettigede forventninger om at avtale var inngått. Drøftelsen i dommen er svært konkret, så dette synspunktet kan ikke tillegges stor prinsipiell vekt. Selv om Høyesterett ikke anså det nødvendig at partene hadde avklart alle de vesentlige punktene i avtalen i denne konkrete saken, så kan ikke dette tolkes som noe prinsipielt avvik fra regelen om at bundethet gjennom forhandlinger som utgangspunkt krever enighet om alle de vesentlige punkter.

¹⁵⁴ Rt. 1998 s. 946 (s. 958).

¹⁵⁵ Samme sted.

¹⁵⁶ Rt. 2011 s. 410 (avsnitt 47).

¹⁵⁷ Rt. 2010 s. 1478 (avsnitt 26).

¹⁵⁸ Geir Woxholth, "Avtaleinngåelse. Avtaletolkning. Høyesteretts dom 8. desember 2006 (HR-2006-02061-A)" *Nytt i privatretten*, Nr. 1 2007 s. 9-12 (s. 11).

¹⁵⁹ Rt. 2006 s. 1585 (avsnitt 45).

Vurderingen er videre om enighet om alle de vesentlige punktene, i tillegg til å være nødvendig, også som hovedregel vil være tilstrekkelig for å fastslå at partene er bundet ved en forhandlingsavtale.

For dette spørsmålet kan det igjen vises til den prinsipielle uttalelsen i Vinagenturdommen om at det "vil det være *nærliggende* å anse avtale for inngått når partene har blitt enige om de øvrige vesentlige vilkår [dersom partene skriftlig har nedfelt noen hovedvilkår]" (min kursivering).¹⁶⁰ Bruken av orden "nærliggende" i uttalelsen tilsier at enighet om alle de vesentlige punkter også som regel vil være tilstrekkelig for å fastslå at partene er bundet, og at det i utgangspunktet ikke kreves noe mer enn dette. Dette synspunktet kan underbygges av domsresultatene i Vinagenturdommen, Mæle-dommen og Optimogården-dommen, og har som nevnt også støtte hos Giertsen og Woxholth.

Oppsummert må det derfor legges til grunn at enighet om alle de vesentlige punktene i avtalen som hovedregel både er *nødvendig* og *tilstrekkelig* for at partene skal bli kontraktsrettslig bundet. Dette innebærer at en forhandlingspart i utgangspunktet vil ha berettigede forventninger om at avtale er inngått dersom partene er enige om de vesentlige punktene. I vurderingen av om partene er bundet vil det imidlertid legges vekt på avtalesituasjonen og alt som har foregått mellom partene under forhandlingene.¹⁶¹ Det kan dermed foreligge andre disposisjonskriterier som kan tale for eller mot at bundethet har oppstått, og dette vil behandles nærmere i fremstillingens punkt 5.3.

5.2.4 Vesentlige punkter i avtalen

For å kartlegge innholdet regelen om at enighet om de vesentlige punkter i avtalen kan være tilstrekkelig til å binde partene er det sentralt å avklare hvilke punkter som anses som vesentlige, og hvilke punkter som kan utfylles. Hva som er de vesentlige punkter i en avtale vil variere avhengig av avtalens karakter, men i det følgende vil det knyttes noen generelle betraktninger til hva som typisk utgjør de vesentlige punktene i en avtale.

¹⁶⁰ Rt. 1998 s. 948 (s. 958)

¹⁶¹ Giertsen s. 47-48.

Utgangspunktet for hvilke punkter som er vesentlige for avtalen må bygge på partenes felles forutsetninger. Slike forutsetninger vil kunne fremgå gjennom kontakten mellom partene eller den konkrete avtalesituasjonen.¹⁶²

I Rt. 1985 s. 1265 var spørsmålet om det var inngått bindende avtale om kjøp av fast eiendom. Partene var enig om pris, men ikke oppgjørsmåte, betalingstidspunkt og overtakelsestidspunkt. Høyesterett la til grunn at disse spørsmålene hadde vesentlig betydning for selger, da han befant seg i en vanskelig økonomisk situasjon. I dommen fulgte det dermed forutsetningsvis av avtalesituasjonen at punktene om betalingstidspunkt, oppgjørsmåte og overtakelse var vesentlige.

Dersom en part har gitt uttrykk for at et punkt er vesentlig for seg, og dette ikke er avklart, vil ikke motparten ha berettigede forventninger om at avtale er inngått.¹⁶³ I Vinagenturdommen anførte selger at det forelå en fundamental uenighet om partenes roller ved den fremtidige driften. Denne forutsetningen om partenes roller hadde imidlertid ikke blitt tatt opp under avtaleforhandlingene med kjøper, og selger kunne derfor ikke høres med denne anførselen. Dommen viser at en part må gjøre forhandlingsmotparten oppmerksom på viktigheten av et punkt dersom dette ikke er synbart ut ifra avtalesituasjonen.

Der det ikke kan påvises felles forutsetninger om hvilke punkter som er vesentlige må det falles tilbake på forventningsprinsippet. Det avgjørende må derfor være hva partene med rimelighet kan forvente at er sentrale punkter ved avtalen.

De vesentlige punktene ved enklere avtaler vil som regel være realytelsen, pris og oppfyllelsestidspunkt, og øvrige vilkår vil kunne utfylles ved deklaratorisk rett, kutyme eller lignende.¹⁶⁴ For standardiserte varer og tjenester kan også manglende enighet om pris etter omstendighetene utfylles til "gjengs pris" etter kjøpsloven § 45 eller håndverkertjenesteloven § 32.¹⁶⁵ Et eksempel på dette er Rt. 1914 s. 925, hvor en fraktavtale ble ansett inngått etter de satser som gjaldt for tilsvarende avtaler.

Hvilke punkter som kan anses som vesentlige for mer kompliserte avtaler kan ikke besvares på generelt grunnlag, ettersom innholdet i disse avtalene vil variere betydelig. Pris er

¹⁶² Giertsen s. 53.

¹⁶³ Giertsen s. 60.

¹⁶⁴ Hov og Høgberg s. 136, Woxholth s. 120, Hagstrøm s. 596.

¹⁶⁵ Giertsen s. 74, Hagstrøm s. 596, Woxholth s. 120-121.

imidlertid alltid en viktig del av avtalen. I Rt. 1992 s. 1110 (Stiansen-dommen) var det tvist om det var inngått avtale om oppføring av en boligblokk med 39 eldreleiligheter. I dommen var ikke prisen på prosjektet avklart, og Høyesterett påpekte at "et av de viktigste elementene i en avtale av denne typen er prisen". Videre heter det at:

*"Jeg er enig med lagmannsretten når den uttaler at prisen er "et fundamentalt poeng ved avtaleinngåelse, og når pris ikke er avtalt, vil det vanligvis være en meget sterk formodning for at endelig avtale ikke er sluttet.""*¹⁶⁶

Dommen viser at det ved sammensatte forhandlingsavtaler av betydelig verdi foreligger en sterk presumsjon mot at avtale er inngått dersom det ikke foreligger enighet om pris.

Klarhet i realytelsen er også helt nødvendig for at en part skal ha berettigede forventninger om at avtale er kommet i stand.¹⁶⁷ Dersom realytelsen skal spesialtilpasses kjøperen må det kreves at det foreligger enighet om en mer detaljert beskrivelse av realytelsen.¹⁶⁸ Dette skyldes at realytelsen vanskelig lar seg utfylle av bakgrunnsrett eller kutyme. Eksempler på slike avtaler vil være entrepriseavtaler eller programutviklingsavtaler.

I Rt. 1996 s. 415 var spørsmålet om det var inngått bindende avtale om kjøp av fast eiendom. Gjennom avtalesituasjonen og partenes dialog var det lagt til grunn at overtakelsestidspunktet var et vesentlig punkt. Overtakelsestidspunktet var også et problem mellom partene i forhandlingene. Ettersom overtakelsestidspunktet var vesentlig og gjenstand for forhandling kunne det dermed ikke utfylles av avhendingsloven. Dommen viser at dersom det er klart at partene er uenige om et punkt de anser som vesentlig, vil ikke dette punktet kunne være gjenstand for utfylling. I den konkrete saken var imidlertid partene så nære hverandre i forhandlingene om overtakelsestidspunktet at avtale ble ansett som inngått.

5.2.5 Kort om skriftlighet og forholdet til bevisvurderingen

I det følgende vil det knyttes noen synspunkter til skriftlighet og forholdet til bevisvurderingen av om avtale er inngått. Hovedregelen er at den som hevder at avtale er inngått, har søksmålsbyrden å bevise for dette.¹⁶⁹ Selv om det ikke er noe materielt krav om skriftlighet ved kommersielle forhandlingsavtaler, vil skriftlighet kunne ha stor betydning for

¹⁶⁶ Rt. 2010 s. 1110 (s. 1114).

¹⁶⁷ Giertsen s. 74.

¹⁶⁸ Samme sted.

¹⁶⁹ Krüger s. 269.

bevisvurderingen for om avtale er inngått. Aadalen-dommen er illustrerende, der Høyesterett uttalte følgende om bevisvurderingen for om avtale var inngått:

*"Det dreide seg altså om et prosjekt som involverte relativt betydelige verdier. Jeg ser det da slik at det må stilles strenge krav til beviset for at avtale er inngått, så lenge denne ikke er nedfelt skriftlig."*¹⁷⁰

Dommen gir uttrykk for at det må stilles større krav til bevis dersom avtalen omhandler betydelige verdier, og er en av mange dommer som legger til grunn strenge beviskrav for avtaleinngåelse der avtalen ikke er inngått skriftlig.¹⁷¹ Masteroppgavens tema er imidlertid de materielle vilkårene for kontraktsrettslig bundethet ved forhandlingsavtaler, og avgrenser dermed mot å gå nærmere inn på bevisspørsmål.

Det kan imidlertid stilles spørsmål om partenes utvekslede skriftlige avtaleutkast, i tillegg til å brukes som bevis for at partene var enige om de vesentlige punkter, også innvirker på den materielle vurderingen av om partene er bundet. Partene hadde utvekslet skriftlige avtaleutkast i Vinagenturdommen, Mæle-dommen, Optimogården-dommen og Strømstad Marina-dommen. I Vinagenturdommen uttaler som nevnt Høyesterett:

*"I de tilfelle partene i skriftlig form har avtalefestet noen hovedvilkår, vil det være nærliggende å anse avtale for inngått når partene har blitt enige om de øvrige vesentlige vilkår."*¹⁷²

Denne uttalelsen synes å vektlegge det faktum at partene har utformet skriftlige avtaleutkast i vurderingen av om avtale er inngått der partene er enige om de vesentlige punkter. I sammenheng med de øvrige dommene, kan uttalelsen etter mitt syn tas til inntekt for at skriftlige avtaleutkast ikke bare har bevisverdi, men også en materiell innvirkning på vurderingen om avtale er inngått. Et slikt standpunkt har gode grunner for seg. Der partene har utformet hovedpunktene i avtalen gjennom skriftlige utkast, kan det hevdes at partene er kommet lenger i forhandlingene enn ved utelukkende muntlig enighet. Det foreligger dermed en større grad av enighet mellom partene, og utkastene bidrar dermed til å gi partene berettigede forventinger om at avtale er inngått.

¹⁷⁰ Rt. 2010 s. 1478 (avsnitt 26).

¹⁷¹ Se også Rt. 1985 s. 1265, Rt. 1981 s. 1047, Rt. 1964 s. 1260.

¹⁷² Rt. 1998 s. 946 (s. 958).

5.2.6 Noen refleksjoner om terminologi – suksessiv bundethet

Jeg ønsker også å knytte noen synspunkt til terminologien for modellen hvor enighet om de vesentlige punkter i avtalen kan medføre bundethet. I teorien blir denne modellen ofte omtalt som "suksessiv bundethet", "gradvis binding", "trinnvis binding" eller lignende.¹⁷³ Begrepet "avtaler som gror frem etter hvert" blir også brukt.¹⁷⁴ Andre forfattere bruker imidlertid ikke noe særskilt begrep for denne modellen, og beskriver bare innholdet.¹⁷⁵ Høyesterett bruker heller ikke noe særskilt begrep.

Terminologien suksessiv binding ble lansert av den svenske forfatteren Kurt Grönfors. I boken *Avtalsgrundande rättsfakta* av 1993 forklarer han at:

*"... uppbyggnaden av avtalet sker längs en tidsaxel och att avtalsbundenheten inte uppkommer vid ett enda tillfälle utan succesivt (gradvis), trappstegsvis ökande under en ofta lång tidsperiod av komplicerade förhandlingar mellan parterna"*¹⁷⁶

Suksessiv bundethet og lignende begrep er bevisst unngått i masteroppgavens fremstilling. Dette skyldes at de etter mitt syn ikke er helt treffende for hvordan binding oppstår ved forhandlingsavtaler i norsk rett, og kan være egnet til misforståelse.

Grönfors synes å forutsette at partenes avtalebundethet oppstår gradvis, i stedet for å oppstå på et bestemt tidspunkt. Et slikt synspunkt er kritisert, blant annet av de svenske forfatterne Christina Ramfors og Svante O. Johansson.¹⁷⁷ Ramfors og Johansson mener at man enten er bundet eller ikke bundet, og at gradvis økende binding dermed er prinsipielt umulig. De påpeker imidlertid at Grönfors misforstår, og at han egentlig mente at partene gradvis kan bindes av nye punkter gjennom forhandlinger *etter* tidspunktet for avtaleinngåelse. Jeg er enig i disse synspunktene til Ramberg og Johanneson, selv om det ikke nødvendigvis er lett å lese ut av Grönfors sin fremstilling.

Det kan være treffende å si at avtaler gradvis vokser frem der partene forhandler om punkt for punkt, men begrep som suksessiv binding tyder imidlertid på at partenes bundethet gradvis vokser frem. For bindingsspørsmålet må det prinsipielt tenkes et skjæringspunkt for når

¹⁷³ Hagstrøm s. 601, Hov og Høgberg s. 136, Krüger s. 271, Woxholth s. 119.

¹⁷⁴ Hagstrøm s. 596, Hov og Høgberg s. 136.

¹⁷⁵ Giertsen s. 72 flg.

¹⁷⁶ Kurt Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta*, Göteborg 1993 s. 74-75.

¹⁷⁷ Svante O. Johansson og Christina Ramberg, "Kurt Grönfors in memoriam", *Svensk Juristtidning*, Häfte 9 2005 s. 1220-1223 (s. 1120-1121).

bundethet oppsto. Selv om et nøyaktig skjæringspunkt ofte er vanskelig og unødvendig å påvise i ettertid, så vil en part enten være bundet eller ubundet av en avtale. Som Ramberg og Johansson påpeker, så er man ikke "halvbundet".¹⁷⁸

Dersom det forutsettes at bundethet oppsto da partene var enige om de vesentlige punktene for avtalen, vil det imidlertid kunne sies at det oppstår en form for suksessiv binding etter dette tidspunktet. Partene vil forhandle om de øvrige punktene for avtalen, og de punktene partene blir enige om blir suksessivt en del av den bindende avtalen. Partene bindes dermed suksessivt til nye punkter. Et annet syn kan imidlertid være å anse dette som en del av spørsmålet om avtaletolkning, og ikke spørsmålet om partene er bundet.

Uansett oppstår en eventuell suksessiv binding på et sent stadium av forhandlingene. Kjernen i fremstillingene om bundethet ved forhandlingsavtaler er som regel hvorvidt partene er bundet til avtalen eller kan gå fritt fra forhandlingene. Hvordan partene eventuelt bindes suksessiv etter bindingsspørsmålet er avgjort, er ofte av mindre interesse. Etter mitt syn blir det dermed litt misvisende å bruke suksessiv bundethet eller lignende begrep som betegnelse for modellen om at enighet om de vesentlige punkter i avtalen kan binde partene.

5.3 Andre relevante disposisjonskriterier

5.3.1 Helhetsvurdering

Selv om det normalt er både nødvendig og tilstrekkelig at partene er enige om de vesentlige punktene for at de skal være bundet, vil også andre omstendigheter kunne tale for eller imot at det foreligger berettigede forventinger om at avtale er kommet i stand.

Som det fremgår av Vinagenturdommen må vurderingen av om partene har inngått en avtale bero på en "rettslig bedømmelse av det som passerte mellom partene".¹⁷⁹ Dette innebærer at avtalesituasjonen og alt partene sa og gjorde under forhandlingene vil kunne være av betydning.¹⁸⁰ Avslutningsvis vil derfor et par sentrale og praktiske disposisjonskriterier for forhandlingsavtaler behandles.

¹⁷⁸ Johansson og Ramberg, s. 1120

¹⁷⁹ Rt. 1998 s. 946 (s. 957)

¹⁸⁰ Woxholth s. 32.

5.3.2 Passivitet og culpasanksjon

Dersom en part har utvist passivitet kan dette tillegges betydning for disposisjonsspørsmålet.¹⁸¹ Utgangspunktet i norsk rett er imidlertid tilsvarende som det fremgår av Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010 artikkel 2.1.6. første ledd andre punktum: "Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance." Passivitet får først og fremst betydning i kombinasjon med andre disposisjonskriterier, og vil alene ikke være tilstrekkelig til at den andre parten får berettigede forventninger om avtaleinngåelse.¹⁸²

I Rt. 2001 s. 1288 (Gate Gourmet dommen), som gjaldt en avtale som ble inngått på grunnlag av anbud, forelå det ingen formell aksept fra Gate Gourmet. Gate Gourmet gikk inn i individuelle forhandlinger med PEAB om en fremdriftsplan, noe som antakelig var i strid med anbudsreglene i NS-3400. Dette hadde imidlertid ikke betydning for den avtalerettslige gyldigheten mellom partene. Høyesterett la stor vekt på at det i møte mellom partene hadde blitt avtalt at Gate Gourmet "umiddelbart vurderer tilbakemeldingene fra PEAB med formål om å opprette kontrakt om arbeidene/bestillingsbrev". I stedet for å avvente tilbakemeldingene fra PEAB sendte imidlertid Gate Gourmet et nytt brev dagen etter hvor de ga uttrykk for at de ville inngå kontrakt. Samme dag sendte PEAB den avtalte tilbakemeldingen hvor de krevde en tilleggsbetaling, og denne ble verken besvart muntlig eller skriftlig av Gate Gourmet. Høyesterett ble stående ved at "Gate Gourmet ved å forholde seg passiv overfor PEABs brev 22. mai 1997 har opptrådt på en slik måte at PEAB hadde rimelig grunn til å tro at selskapet hadde fått oppdraget"¹⁸³. De måtte reagert på pristillegget dersom de mente dette var en bristende forutsetning for avtaleinngåelsen. Woxholth tolker dommen som at Høyesterett la til grunn at Gate Gourmet sin aktivitet i møte og ved det etterfølgende brevet, kombinert med passiviteten de utviste i etterkant av PEAB sitt brev, til sammen var tilstrekkelig til å etablere berettigede forventninger hos PEAB om at avtale var kommet i stand.¹⁸⁴ Dommen viser at synspunktet om at passivitet kan etablere rettighet og plikter for partene har sin forankring i både forventningsprinsippet og lojalitetsprinsippet.

¹⁸¹ Woxholth s. 98, Giertsen s. 55-56.

¹⁸² Giertsen s. 55.

¹⁸³ Rt. 2001 s. 1288 (s. 1300).

¹⁸⁴ Woxholth s. 99-100.

Det er også en glidende overgang mellom passivitetsbetraktninger og synspunktet om *culpasanksjon*, og disse to disposisjonskriteriene vil ikke alltid kunne skilles fra hverandre.¹⁸⁵ Culpasanksjon innebærer at binding kan inntre som en sanksjon mot uaktsomhet eller uønsket opptreden, og passivitet kan være en slik opptreden.¹⁸⁶ Et eksempel på dette er Hotelldommen, hvor spørsmålet var om det var inngått bindende avtale om salg av en hotelleiendom. Høyesterett uttaler at:

*"Det er helt klart at Stenberg har ansett avtalen i orden ... Men fru A må i det minste ha vært klar over Stenbergs oppfatning uten å ta avstand fra den."*¹⁸⁷

Dette momentet var en del av den samlede vurderingen, hvor Høyesterett kom frem til at salgavtale var bindende inngått. Dommen viser at dersom en part er klar over at den andre parten er av den oppfatning at avtale er kommet i stand, og ikke reagerer i forbindelse med dette, så vil dette i kombinasjon med enighet om de vesentlige punkter kunne sanksjoneres med bundethet.

Det kan også vises til Optimogården, hvor utleiefirmaet Optimogården hadde begynt å pådra seg utgifter i forbindelse med leieavtalen med Ernst & Young, og hadde sluttet å forhandle med andre potensielle leietakere. Disse forholdene var synlige for Ernst & Young, og Høyesterett uttalte:

*"I en slik situasjon tilsier loyal opptreden – på bakgrunn av de forventningene Ernst & Young hadde bidratt til å skape hos Optimogården – at de ga klar beskjed dersom de mente at avtalen ikke ville være bindende før absolutt alle forhold var avklart og avtalen var godkjent sentralt."*¹⁸⁸

Argumentasjonen til Høyesterett illustrerer at forankringen for sanksjonssynspunkter, som for passivitet, er både i forventingsprinsippet og lojalitetsprinsippet.

Dersom domstolen ikke tillegger en parts passivitet materiell betydning for disposisjonsspørsmålet, kan det likevel være et bevisfaktum for at avtale er inngått.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Woxholth s. 100.

¹⁸⁶ Samme sted.

¹⁸⁷ Rt. 1987 s. 1205 (s. 1211).

¹⁸⁸ Rt. 2011 s. 410 (avsnitt 70).

¹⁸⁹ Woxholth s. 98.

5.3.3 Etterfølgende opptreden

Etterfølgende opptreden vil kunne få betydning for disposisjonsspørsmålet, til tross for at disse inntreffer etter den potensielle avtaleinngåelsen.¹⁹⁰ Begrunnelsen er at etterfølgende opptreden kan belyse hvilke faktiske forventninger partene hadde ved avtaleinngåelsestidspunktet, og vurderingen av om disse forventningene var berettigede.¹⁹¹ I Hotell-dommen uttalte Høyesterett at:

*"... [P]arternes opptreden i den nærmeste periode etter brevvekslingen i august 1982, taler for at bindende avtale var inngått. Det er helt klart at Stenberg har ansett avtalen i orden, noe som blant annet ga seg utslag i at han nokså umiddelbart gikk i gang med å treffe forberedelser til salg av sin eiendom på Nesodden for å reise kjøpesummen."*¹⁹²

Dette ble vektlagt i en samlet vurdering hvor det ble lagt til grunn at avtale var kommet i stand.

Det er heller ikke uvanlig at partene er usikre på deres egen rettssituasjon der det oppstår tvist om avtaleinngåelse ved forhandlingsavtaler. I Mæle-dommen tok Høyesterett opp betydningen av den ene partens etterfølgende opptreden, hvor parten som anførte at avtale var kommet i stand hadde kommet med forklaringer og uttalelser i media i etterkant som kunne tyde på at han mente han ikke hadde noen rettigheter:

*"Mæles etterfølgende opptreden kan skape en viss tvil om han selv mente at avtalen om like bud og fordeling fortsatt besto (...). Mitt syn er likevel at denne etterfølgende opptreden ikke kan tillegges avgjørende vekt. (...) At han viste reaksjoner i de påfølgende dagene som tyder på usikkerhet, kan forklares blant annet ved den høyst uklare telefonbeskjeden fra [motparten] 10. november. Jeg har også en viss forståelse for at den rettslige vurderingen av avtalesituasjonen kan ha bydd på problemer for ham."*¹⁹³

¹⁹⁰ Giertsen s. 78-79.

¹⁹¹ Woxholth s. 95-96.

¹⁹² Rt. 1987 s. 1205 (s. 1211).

¹⁹³ Rt. 2006 s. 1585 (avsnitt 63 og 64).

I Mæle-dommen var det andre disposisjonskriterier som talte for at avtale var kommet i stand, og usikkerhet om avtalen i etterkant var ikke avgjørende. Dette gjaldt særlig ettersom denne usikkerheten var fremkalt av motparten.

Dersom partenes etterfølgende opptreden underbygger at de ikke mente de var forpliktet til en avtale, vil dette imidlertid tale mot at avtale er inngått. Høyesterett har imidlertid lagt til grunn at det ikke tale imot en part dersom vedkommende går inn i nye forhandlinger med motparten for å løse en tvist i forbindelse med avtaleinngåelse, jf. Rt. 1997 s. 1922.¹⁹⁴

¹⁹⁴ Rt. 1997 s. 1922 (s. 1928).

Litteraturliste

Giertsen, Johan, *Avtaler*, 3. utgave (Bergen 2014).

Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta* (Göteborg 1993).

Hagstrøm, Viggo, "Avtalebundethet ved forhandlinger i kommersielle forhold", *Lov og Rett*, 1995 s. 595-606.

Hov, Jo og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett* (Oslo 2009).

Johansson, Svante O og Christina Ramberg, "Kurt Grönfors in memoriam", *Svensk Juristtidning*, Häfte 9 2005 s. 1120-1123.

Krüger, Kai, "'Closing' – Forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger", *Festskrift til Lars Gorton*, Eva Lindell-Frantz, Björn Lindquist, Per Jonas Nordell, Christina Ramberg og Jan Ramberg (2007) s. 261-280

Nazarian, Henriette, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold* (Oslo 2007).

Ryssdal, Anders, "Den som tier samtykker?", *Tidsskrift for Forretningsjus* Årg 4, nr. 4 1998 s. 127-135.

Simonsen, Lasse, *Prekontraktuel ansvar* (Oslo 1997).

Sohlberg, Stig, "Inngåelse av avtal – Back to basics", *Juridisk tidsskrift* 1993/1994 s. 657-659.

Woxholth, Geir, "Avtaleinngåelse. Avtaletolkning – Rt. 20014-100", *Nytt i Privatretten*, Nr. 2 2014 s. 17-22.

Woxholth, Geir, "Avtaleinngåelse. Avtaletolkning. Høyesteretts dom 8. desember 2006 (HR-2006-02061-A)", *Nytt i Privatretten*, Nr. 1 2007 s. 9-12.

Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 9. utgave (Oslo 2014).